وزارة المعارف العمومية

مدخل القانون والنظام القضائي في مصر

مقرر السنة الأولى بمدرسة التجارة العليا

محاضرات

الدكتور على الزيني

الطبعة الثانية



القاهرة
طبع بالمطبعة الأميرية ببولاق

١٩٣٤

وزارة المعـارف العمومية



مقرر السنة الأولى بمدرسة التجارة العليا

محاضرات

الدكتور على الزينى

الطبعة الثـانية

القاهــرة
طبع بالمطبعــة الأميرية ببولاق
١٩٣٤

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة افتتاحية

هذه مذكرات السنة الماضية فى مقدمة القانون أضفت اليها حرفا وحذفت منها آخر. وقد رتبتها فى أبواب وفصول على صغر حجمها لأنى أحب النظام فى كل شىء ، والنظام سر النجاح أو على الأقل نصفه كما يقولون . ولو أحب المسئولون ما أحببت لقربت مسافة الخلف بيننا .

وقد دعتنى إلى إخراجها بشكل كتاب حاجة طلبة التجارة إلى كتاب فى مقدمة القانون يلائم حالتهم. وقد حاولت بمشقة أن أتمشى مع نزعة التجديد التى يتجه اليها الفكر القانونى الحديث مع المحافظة على النظام المتبع فى الكتب المدرسية . وقد راعيت فى كتابتها أن تكون على قدر برنامج السنة الأولى بمدرسة التجارة وعلى قدر عقولهم الناشئة ، فلم أترك شيئا تعرض له البرنامج دون أن أشير اليه بكلمة موجزة توضع فى محلها بسهولة مع بساطة فى التعبير وبعد عن التعقيد والتنافر سواء فى الألفاظ أو فى التركيب أو فى ترتيب الأفكار ، فجاءت صورة طبق الأصل فى أسلوبها للطريقة التى اتبعتها فى العام الماضى فى محاضراتى للطلبة فى هذا الموضوع ، وهى طريقة الإيحاء والتلقين والاستدراج ، حتى لقد خطر لى عند اختيار عنوان هذا الكتاب أن أسميه "التلقين القانونى" على نحو ما فعل دانيل ماسيه فى كتابه (Initiatin Juridique). ولو فعلت فهل كنت أخشى أن أسأل فى الخروج عن الموضوع ؟

قلت إننى أشرت بالإيجاز لكل ما تعرض له البرنامج — لا لرءوس مواضيع البرنامج طبعا — بل لكل ، أو لمعظم ، أو لكثير مما يدخل تحتها ، ورأيت أن الطالب يحتاج اليه فى تاسيس معلوماته القانونية ليستطيع متابعة دروس

الالتزامات والقانون التجارى والقانون الدولى المقررة عليه فى السنين التالية . وهذا أفيد للطالب ، بل لا بد منه إن كان يرجى له نجاح . وأولى بالمعلمين أن يتبعوه لأن الإيجاز ليس معناه سرد رءوس مواضيع المقرر والاكتفاء بتعريفها أو محاولة شرح بعض النقط بإيجاز مخل والسكوت عن الباقى أصلا ، وإلا كانت معرفة الطالب معرفة عرجاء تضرّ به ولا تنفعه ولا تصلح أساسا لشىء . فعسى أن أكون وفقت ، وعسى الله أن يوفقنا جميعا للخير مخلصين م

على الزينى

١٩٣٣/٤/١٥

كلمة عن الطبعة الثانية

كتبت الكلمة الافتتاحية السابقة بمناسبة الطبعة الأولى لهذا الكتاب . ولم يكن يحتوى إلا على مقرر السنة الأولى فى مقدمة أو مدخل القانون . وكان مقرر السنة المذكورة فى النظام القضائى قد طبع على حدة . فلما قررت وزارة المعارف شراء حق طبعهما رأيت ضمهما فى مجلد واحد باسم " مدخل القانون والنظام القضائى " . وهو الذى بين يدى الطالب الآن . وليس فى هذا المجلد من جديد غير ما ذكرت ، إذ لم يطرأ قبل طبعه ما يدعو الى حذف أو إضافة أو تعديل سواء من جهة برنامج الدراسة أو من جهة مواضيع البحث التى يحتوى عليها م

على الزينى

١٩٣٤/١٠/٢٩

مراجع الكتاب

ملاحظة — اكتفينا فى الإشارة إلى المراجع بذكر المؤلف اذا لم يكن له إلا كتاب واحد ، وإلا أردفنا اسم المؤلف بجزء من عنوان الكتاب للدلالة على المقصود .

(١) كتب عربية :

أحمد أبو الفتح بك — المعاملات فى الشريعة الإسلامية .

أحمد صفوت بك — مقدمة القانون .

أحمد فتحى زغلول باشا — شرح القانون المدنى ، وأصول الشرائع لبنتام . (تعريب)

أحمد نشأت بك — شرح قانون تحقيق الجنايات .

حسن نشأت باشا — مذكرات فى الإجراءات الجنائية .

عبد الحميد أبو هيف بك — المرافعات المدنية والتجارية .

عبد الرحمن الرافعى بك — تاريخ الحركة القومية — عصر اسماعيل جزء ٢

عبد الفتاح السيد بك وأحمد قمحه بك — نظام القضاء والإدارة .

عبد الفتاح السيد بك — الوجيز فى المرافعات .

على الزينى:
- المطول فى الدولى الخاص المصرى والمقارن الجزء الأول سنة ١٩٢٨ وسنة ١٩٣٠
- الموجز فى الدولى الخاص المصرى والمقارن طبعة سنة ١٩٢٩
- مذكرات مطبوعة على التيبريتر فى القانون التجارى سنة ١٩٣١ — ١٩٣٢

محمد صادق فهمى بك — شرح القانون المدنى — ما ظهر منه .

محمد وهيبه — محاضرات فى مقدمة القانون — ما ظهر منها .

مصطفى الصادق بك وويت ابراهيم — القانون الدستورى .

(٢) كتب افرنجية :

AMOS—Systematic View of Jurisprudence.

AUSTIN—Lectures on Jurisprudence, 4th ed. 1877.

BENTHAM—Theory of Legislation.

BERTHÉLEMY—Dans la Revue politique et parlementaire 1925, P. 355.

BOIS-RICHARD—Organisation Technique de l'Etat, 1930.

BONNECASSE—Introduction à l'Etude du Droit.

CHARMONT—La Renaissance du Droit Naturel.

COLIN ET CAPITANT—Cours de Droit Civil, Vol. I, 1923.

DUGUIT—Leçons de Droit Public, 1926. Transformation du Droit Privé.

GÉNY—Méthode d'Interprétation et Sources de Droit Positif.

GOADBY—Introduction to the Study of Law, 1914.

HALTON—Egyptian Civil Codes, Vol. I, 1904.

HAURIO—Dans Sirey 1909, P. 145, 1913, P. 137.

HOLLAND—Elements of Jurisprudence, 11th ed.

IHRING—Evolution du Droit; Esprit du Droit Romain, 1877.

JOSSERAND—Les Mobiles dans les Actes Juridiques du Droit Privé, 1928.

LAMBERT—Etudes de Droit Commun Législatif.

LARNAUDE—Dans la Revue Politique et Parlementaire, 1926.

LÉVY ULLMANN—Eléments d'introduction Générale à l'Etudes des Sciences Juridiques.

MAINE—Ancient Law; Early Law and Custom.

MASSÉ—Initiation Juridique.

MICHOUD—Théorie de la Personnalité Morale, 1906-1907.

PLANIOL ET RIPERT—Traité élémentaire de Droit Civil, Vol. I, 10me éd., 1925.

POLLOCK—First Book of Jurisprudence.

RÉVEILLOUT—Précis de droit Egyptien comparé aux autres droits de l'antiquité.

SABRY—Le Pouvoir Législatif et le Pouvoir Exécutif, 1930.

SALEILLES—Personnalité Collective.

SALMOND—Jurisprudence.

WALTON—Scope and Interpretation of the Civil Code of Lower Canada, 1907.

Notes on the Egypt. Civil Law of Obligations.

جدول الرموز

ا : أهلى .
م م : مدنى مختلط .
ت ا : تجارى أهلى .
ع ا : عقوبات أهلى.
د : دستور .
ل ت ا : لائحة ترتيب المحاكم الأهلية .
ق ح ش : قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا .
م : مدنى .
ت م : تجارى مختلط.

ع م : عقوبات مختلط .
د ق : دستور قديم (١٩٢٣) .
ل ت م : لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .
١٧ م ا : المادة ١٧ مدنى أهلى .
١٨/١٧ م ا م : المادة ١٧ مدنى أهلى و ١٨ مدنى مختلط .
ت ا م : تجارى أهلى ومختلط .
د ج : دستور جديد (١٩٣٠).
ل ت ا م : لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمختلطة .

فهرس الكتاب الأوّل

مدخل القانون

فهرس الكتاب الثانى

النظام القضائى

الكتاب الاول

مدخل القانون أو مقدمة القانون

تمهيد ، معلومات أولية عامة

١ — فى لزوم القانون للإنسان

بند ١ — الإنسان مدنى بطبعه ، أى أنه مضطر بحكم تكوينه وخلقه للاجتماع — والاجتماع روحه التعاون Coopération أو التضامن Solidarité بين أفراد المجتمع Communauté فى تنظيم حياتهم وقضاء حوائجهم ، لأن الفرد الواحد لا يمكنه بنفسه وحدها أن يقوم بتسديد حاجاته على اختلافها ، بل كل يعطى ويأخذ ويستكمل ماينقصه من الآخر. ولا فرق فى ذلك بين حاجاته الأدبية أو المعنوية التى تحقق بتنظيم الصلات العائلية ، كالزواج ، وحاجاته المادية أوذات القيمة المالية التى تحقق بتأمين المعاملات ، سواء أوقعت على أعيان معينة ، كتمليك المال عقارا كان أو منقولا وتملكه ورهنه وحبسه وترتيب حق ارتفاق عليه مثلا ، أم وقعت على التزامات ، كالقرض والبيع والإيجار .

بند ٢ — ومن الطبيعى أن الإنسان لا يمكن أن تترك له الحرية المطلقة فى اقتضاء حاجاته واستكمالها على حساب غيره سواء أوافقت مصلحتهم وصادفت قبولهم أم لا ، لأن حرية الفرد يقابلها حرية مثلها عند غيره ، فلا يمكن إطلاقها دون القضاء عليها وهدم الاجتماع — ولذلك كان لا بد لحماية

التضامن الاجتماعى La solidarité sociale وبقائه من تقييد حرية الفرد ورسم الحدود والقواعد التى يسير عليها الناس فى معاملاتهم بعضهم مع بعض ويرجعون اليها للتقاضى بمقتضاها إذا حصل نزاع بينهم بسبب اختلاف مصالحهم وتضارب حاجاتهم .

٢ — القانون ومقدمة القانون وعلم القانون

بند ٣ — والقواعد السالفة الذكر هى التى يعبر عنها بلفظ القانون (ويقابله بالانجليزية لفظ Law وبالفرنسية لفظ Droit) . ولكنها ليست قواعد متشابهة ومتجانسة من كل الوجوه ، بل يتميز بعضها عن بعض وتختلف باختلاف نوع العلاقات أو المعاملات التى وضعت لها ، كما تنقسم بسبب ذلك الى طوائف متعددة لكل طائفة منها اسم خاص مستمد من نوع تلك العلاقة أو المعاملة — فمثلا القواعد التى يسير عليها الناس فى معاملاتهم المدنية كالبيع والرهن تكوّن طائفة خاصة توجد فى مجموعة على حدة تسمى "القانون المدنى"، وتلك التى تبين علاقات الفرد مع الحكومة وجهات الإدارة تسمى "القانون الادارى" ، وتلك التى تحدد الأعمال التى لا يجوز للفرد أن يرتكبها لأنها جرائم معاقب عليها تسمى "القانون الجنائى" أو "قانون العقوبات" ، كذلك القواعد الخاصة بالأعمال التجارية والتجار تسمى "القانون التجارى" ، وهكذا .

بند ٤ — ومع ذلك فهذه القواعد جميعها مهما اختلف موضوعها وتميز اسمها يجمعها كلها رابطة واحدة وترمى الى غرض واحد — يجمعها أنها تكون فى مجموعها نظاما متبعا ، وترمى الى إيجاد السكينة وإقرار الأمن والنظام والاطمئنان فى المعاملات بصرف النظر عن نوع المعاملات التى تحكمها .

بند ٥ — ومن ذلك نأخذ أن لفظ "القانون" اذا أطلق استعماله دون استعمال أى وصف آخر ، أى بدون إضافة لفظ "المدنى" أو "الجنائى" أو . . . أو . . الخ ، وراءه يقصد به القواعد التى تنظم حياة المجتمع ومعاملاته على وجه العموم بصرف النظر عن كونها مدنية أو تجارية أو الخ.

وهذا هو المعنى الذى ورد به هـذا اللفظ فى عبارة " مقدمة القـانون " Introduction à l'étude du droit التى هى موضوع القسم الأول من مقرر القانون المدنى المفروض على طلبة السنة الأولى ، خلافا للقسم الثانى منه ، فان موضوعه جزء من أحد فروع القانون هو " الالتزامات " التى هى بعض قواعد القانون المدنى .

بند ٦ — وعلى ذلك إذا نحن درسنا هنا مقدمة القانون فلن ندرس فرعا خاصا من فروعه ، كالقـانون المدنى ، ولا تفاصيل أحكامه ، كحكم بيع العقار ورهنه ، أو كحكم امتلاكه بالشفعة ، أو كحكم عدم تسجيل عقد بيعه وهكذا ؛ وإنما ندرس فقط تلك الأفكار الأساسية العامة التى تشترك فيها جميع القوانين فى جميع البلاد ، أو بعبارة أخرى التى بنيت عليها فكرة القانون بوجه عام ، بصرف النظر عن كونه قانونا مدنيا أو جنائيا أو قانون مصر أو قانون روسيا .

بند ٧ — وهذه الأفكار الأساسية العامة تشترك فيها شرائع الأمم وقوانينها ، لأن العلاقات التى تنظمها مشتركة هى ذاتها بين الأمم — ونقصد بذلك الأمم التى وصلت الى حد معين من المدنية — ففكرة البيع والزواج والميراث موجودة فى كل بلد ، وفى كل بلد أيضا قانون ينظم تلك الأفكار .

بند ٨ — وهذه الأفكار الأساسية العامة التى تقوم عليهـا فكرة القانون بوجه عام فى جميع البلاد تدور كلها حول نقطتين وتنقسم بالتالى الى طائفتين : الأولى تدور حول القانون فى ذاته Droit Objectif ، أى مجردا عن العلاقات التى ينظمها ، وتبحث فى معنى القانون وطبيعته وكيفية تكوينـه وتفسيره وسريانه ، أى تطبيقه على الحوادث والأشخاص الخاضعة له ، وتقسيمه ؛ والثانية تتولى بيان العلاقات التى ينظمها القانون Droit Subjectif أو بعبارة أخرى الحقوق والواجبات التى يعترف القانون بها للشخص قبل غيره أو فى الأشياء .

وقد جرت عادة الكتاب ببحث الأفكار التى تتكون منها الطائفة الأولى تحت عنوان " نظرية القانون " Théorie du Droit Objectif والثـانية

تحت عنوان " نظرية الحق " أو "نظرية الحقوق والواجبات" Théorie de droits subjectifs . وسنعلم فى أحد المباحث التالية سبب اختلاف التسمية الفرنسية عن العربية .

ويتصل بهذه النظرية الأخيرة نظرية ثالثة خاصة بالكلام على الوسائل القانونية التى يصل بها الإنسان الى حقوقه أو الى إجبار الغير على تنفيذ التزاماتهم نحوه . وتسمى هذه النظرية الأخيرة " بنظرية الدعوى " Théorie de l'action . ومن مجموع هذه النظريات الثلاث يتكون ما يسمونه " بعلم القانون " La Science du Droit .

بند ٩ — ولو وقفنا عند حد البيانات التى سردناها بالبند السابق لقلنا بأن موضوع كل من علم القانون ومقدمة القانون واحد. وهذا صحيح إجمالا. ولكن اذا تحرينا الدقة نجد أن مجال البحث فى مقدمة القانون أوسع منه فى علم القانون ، لأنه يتطلب معرفة تفاصيل كثيرة عن نمو القانون وتاريخه ومميزاته فى بلد معين ، فى حين ان البحث فى علم القانون لا يتطلب بحث المميزات الخاصة التى قد يتميز بها قانون بلد معين. فمثلا الباحث فى علم القانون لا يحتاج ، كالباحث فى مقدمة القانون المصرى ، لمعرفة تاريخ التشريع المصرى وخصائص النظام القضائى والقانون المصرى . وهذا ما سنعمله هنا الى حدّ ما . واذا كان البرنامج المقرر عليكم لم يذكر إلا مقدمة القانون ولم يشر الى أن المقصود هو مقدمة القانون المصرى فان ذلك معلوم بالطبع. فموضوع دراستنا اذا هو مقدمة القانون المصرى ، أى علم القانون على الخصوص من جهة النظام المتبع فى مصر. ولكن يلاحظ أن تفاصيل البرنامج فى مقدمة القانون لم تشمل إلا نظريتين فقط من نظريات علم القانون ، لأن نظرية الدعوى لم يرد لها ذكر به . ولذلك سنتكلم عن موضوع الدراسة فى ما يلى فى بابين فقط : أحدهما خاص بنظرية القانون ، والآخر بنظرية الحقوق والواجبات أو نظرية الحق .

٣ — دراسة القانون علما وعملا[1]

بند ١٠ — لكنى أرى من المناسب قبل الدخول فى الموضوع أن ألفت النظر الى فائدة دراسة القانون دراسة نظرية . فهذه هى إحدى طريقتين اتبعتا فى تدريس القانون فى البلاد المختلفة، تارة على التوالى وطورا فى وقت واحد . والطريقة الثانية هى طريقة التدريب أو التمرين العملى L'apprentissage . وقد كانت هذه الطريقة هى المتبعة وحدها فى انجلترا حيث يتلقى الراغب فى معرفة القانون معلوماته من طريق الخبرة العملية بمكتب أحد المحامين أو وكلائهم . ولا تزال هذه الطريقة للآن لازمة لمن يريد أن يشتغل بالقانون عمليا أى لمن يريد أن يكون محاميا أو وكيلا للدعاوى أو قاضيا ، رغم أن الانكليز أدخلوا دراسة القانون بالطريقة النظرية فى جامعاتهم ومدارسهم حديثا . وقد كانت هذه الطريقة العملية متبعة قديما فى بلاد أخرى. واذا رجعنا الى مصر نجد أنه لا يزال يوجد فريق من الناس يحصلون على معرفة غير قليلة بالقانون من طريق الخبرة العملية ومن هؤلاء طائفة كتبة المحامين أو وكلائهم .

بند ١١ — وربما كانت الطريقة العملية أقرب الطرق لدراسة القانون لأن القانون ليس علما نظريا فقط ، وإنما هو بطبيعته عملى ؛ إذ ما هو إلا صورة ناطقة من القواعد التى يتعامل الناس بناء عليها يوميا . فكلما كان المتعلم أكثر اتصالا بالحوادث اليومية والمعاملات التى ينظمها القانون كلما كان أقدر على فهمه على وجهه الصحيح . ومع ذلك فلدراسة القانون بالطريقة العملية عيوب لا يمكن تلافيها بغير الدراسة النظرية فى الكتب والمدارس . ذلك لأن المتمرن الذى يمارس القانون عملا إنما يرى القاعدة القانونية فى تطبيقها على حادثة معينة دون أن يرى ما وراء القاعدة نفسها من الأفكار العامة التى انبنت عليها والأسباب التى دعت اليها أو إلى وضعها بشكل دون آخر؛ ومن هذه الأسباب ما هو سياسى ومنها ما هو تاريخى ،

---

(١) جودبى Introduction to the study of law ص ٢ — ٤

وقد لا يرى الأغراض التى ترمى اليها ولا الروابط التى تربطها بغيرها من القواعد أو النظم السارية فى البلد لتتفق مع ظروفه وتكوينه ، ومعرفة كل هذا تقتضى التفكير والنظر والإلمام بكثير من العلوم الأخرى المتصلة بالقانون كالفلسفة وعلم النفس والتاريخ والاقتصاد وذلك كله محله المدرسة .

بند ١٢ — وبالنسبة لطلبة التجارة نرى أن الدراسة النظرية هى الطريقة الوحيدة التى يمكن الإيصاء باتباعها معهم ، حتى يلموا بأصول الحقوق والواجبات التى تثبت للتجار والمشتغلين بالأمور التجارية أو التى تقع عليهم فى قيامهم بأعمالهم ؛ لأنهم لن يدعوا فى مستقبل أيامهم للاشتغال بتطبيق القانون أمام المحاكم فيكفيهم من دراستهم له معرفتهم لحقوقهم وواجباتهم إجمالا .

الباب الأول
فى نظرية القانون

الفصل الأول
طبيعة القانون

بند ١٣ — نجمع تحت هذا العنوان جميع المباحث التى تؤدى الى فهم حقيقة القانون ومعرفة عناصره التى يتكوّن منها وتمييزه عن غيره من النظم التى تشبهه أو تشاركه اسمه ولكنها ليست منه ولا تدرس معه .

تعريف القانون والمعانى التى ينطوى عليها

بند ١٤ — تعريف القانون [1] : لا نريد أن نتعرض هنا للخلاف الواقع بين العلماء فى تعريف القانون وما يجب أن يوضع فيه وما لا يجب . لأن هذا ليس من مصلحة المبتدئ الذى لا يمكنه أن يدرك مغزى الخلاف لعدم إلمامه بأصول ومرامى الفلسفة الدائرة حول معنى القانون وطبيعته . ولذلك نرى أن نسهل عليه الأمر بأن ننتخب أو نضع تعريفا يجمع بقدر الإمكان أهم الأركان أو العناصر المكوّنة للقانون ، حتى اذا حللناها له أمكنه أن يدرك حقيقة القانون بعض الإدراك أو الإدراك الكافى لمتابعة الدراسة .

(١) انظر فى مختلف التعاريف التى وضعت للقانون كتاب الأستاذ " ليفى أولمان " " مبادئ المقدمة العامة للقانون " والجزء الأول منه خاص بتعريف القانون — وانظر أيضا "دانيل ماسيه" فى كتابه Initiation Juridique ص ١٣ — ١٤

بند ١٥ — ويمكننا لهذا الغرض تعريف القانون بأنه "مجموعة قواعد يقرها السلطان أو يأمر بها لينظم بها سلوك النـاس فى معاملاتهم وصلاتهم بعضهم ببعض وينفذها فيهم جبرا إذا خالفوها أو يجازيهم على مخالفتها بالقوة بواسطة محاكمه". ومن تحليل التعريف المتقدم يتبين أنه لا بد لوجود القانون من توافر الأركان الآتية مجتمعة وهى :

أركان القانون

بند ١٦ — أولا — قواعد يسير عليها الناس بانتظام واطراد فى علاقاتهم بعضهم ببعض .

ثانيا — يقرها أو يأمر بها السلطان .

ثالثا — ينفذها فيهم جبرا أو يجازيهم على مخالفتها بالقوة بواسطة محاكمه.
واذا تأملنا قليلا فى هذه الأركان أمكننا أن نستخلص منها أن فكرة القانون تلازمها المعانى الآتية وتنطوى عليها وهى :

المعانى التى تنطوى عليها فكرة القانون

بند ١٧ — أولا — معنى النظام : Uniformité والترتيب Conformité وفى الواقع كثيرا ما يقترن لفظا "النظام" و "القانون" فى الاستعمال الجارى كما يظهر من العبارة الآتية "المحافظة على النظام والقانون" .

ثانيا — معنى الاطراد : Régularité الناتج من تصرف الناس بشكل واحد واتباعهم قاعدة واحدة فى المسألة الواحدة .

وهـذان المعنيان ملحوظان فى الركن الأول ويلحق بهما بل مصدرهما معنى ثالث هو :

ثالثا — معنى الطاعة : Obéissance فان طاعة القـانون فى الواقع هى التى ينتج عنها النظام والترتيب والاطراد والتناسق فى علاقات الناس بعضهم

بعض . وسنعرف فيما يلي من الشرح أن معنى الطاعة نفســه قد يرجع الى عوامل كثيرة ، أو بعبارة أخرى ، ينطوى على معانى فرعية كثيرة منهـا العادة Usage, coutume والاتفاق أو الرضا Consentement والدين Religion والخوف Crainte والعقـاب Punition والجزاء Sanction الذى يهـدد به السلطان المخالف .

رابعا — معنى السلطة : L'autorité . وهى ملحوظة فى الركن الثـانى وللسلطة خاصية يتكوّن منها المعنى الخـامس من المعانى التى تنطوى عليها فكرة القانون وهو :

خامسا — معنى القوة La force وهى القـدرة على إجبار Coercition الناس على احترام القـانون أى تنفيذه Exécution فيهم مباشرة أو بواسطة جزاء يوقع عليهم عند الاقتضاء . فالإجبار والتنفيذ والجزاء كلها معان تنطوى تحت معنى القوة .

سادسا — فكرة العدل : La Justice وهى ملحوظة فى تطبيق القانون بواسطة المحاكم Tribunaux لا بواسطة السلطة التى أقرته أو أمرت به .

والتلازم بين فكرتى القانون والعدل يظهر كثيرا فى الكلام الجارى فتسمع مثلا عبارات كالآتية "القضاء العادل" "القاضى العادل" "عدالة القاضى" وفى انجلترا نسمع Mr. Justice So & So محاكم العدل Courts of justice ويوجد أيضا فى بعض الاصطلاحات القانونية فى مصر وفرنسا مثل ذلك ، فنرى مثلا المحاكم الجزئية يعبر عنها بالفرنسية بعبارة Tribunal de Justice Sommaire .

ولنشرح الآن أركان القانون واحدا فواحدا مع مراعاة المعانى التى ينطوى عليها كل منها حتى تنجلى أمامنا حقيقة القانون .

الركن الأول

القانون قواعد يسير عليها الناس بانتظام واطراد فى علاقاتهم

بند ١٨ — إن القواعد التى يسير عليها الناس فى حياتهم اليومية كثيرة فمنها ما يرجع الى أشخاصهم وتنظيم سلوكهم فيما بينهم وبين أنفسهم أو نحو بارئهم — مثال ذلك العادات الشخصية للانسان ، ككونه يصحو من النوم فى الساعة السادسة صباحا ويذهب الى مخدعه فى الساعة العاشرة ليلا وكونه يقتصد ربع دخله الشهرى ، وكونه يصلى الصبح حاضرا أو يصوم رمضان ويخرج زكاة الفطر .

ومنها ما يرجع الى اصطلاحات خاصة مرعية ضمنا أو متفق عليها صراحة بينه وبين فريق من الناس دون غيرهم — مثال ذلك القواعد المرعية بين أعضاء الأندية الرياضية أوالاجتماعية أو الجمعيات العلمية أو السياسية وهكذا كنظام لعب التنس أو قواعد السباحة أو التجذيف أو نظام المحاضرات بالجمعيات العلمية وغيرها .

ومنها ما يرجع الى اصطلاحات عامة مرعية لا بين فريق من الناس فقط بل بينهم جميعا. ومن هذه قواعد الأخلاق كوجوب قول الصدق والامتناع عن النميمة أى السعاية والوشاية . ومن هذه أيضا قواعد الآداب العامة وهى كثيرة كآداب المجالس والكلام والزيارة وعيادة المريض وآداب المائدة وهلم جرا .

بند ١٩ — وبجانب هذه القواعد توجد قواعد أخرى كثيرة ليست متبعة بين الناس ، ولكنهم يشاهدون أثرها ويحسون به فى بعض المظاهر أو النواميس الكونية أو الطبيعية كدوران الأرض حول الشمس أو حول نفسها ، وتتابع الفصول ، وتقلب الليل والنهار ، وتغير منازل النجوم ،

وكون الرجل اذا جاع أكل ، واذا عطش شرب ، واذا خاف ارتعدت فرائصه ، واذا مرض لزم الفراش أو عجز عن العمل ، واذا قتل أو انتهى أجله مات .

ومن هذه أيضا القواعد المستنبطة بالمشاهدة من دراسة بعض العلوم الطبيعية والاقتصادية ، كالقواعد الخاصة بالضغط ، والصوت ، والضوء، التى تعرف من دراسة علم الطبيعة ، والقواعد الخاصة بالتفاعل الكيميائى التى تدرس فى علم الكيمياء، وقاعدة العرض والطلب وقواعد النقد والسكان والأزمات فى علم الاقتصاد .

بند ٢٠ — فهل كل هذه القواعد يشملها معنى القانون ؟ إن كثيرا من المعانى التى ينطوى عليها القانون يوجد فى كل طائفة من طوائف القواعد المتقدمة بنسب مختلفة .

والواقع أن كثيرا من هذه القواعد يطلق عليه فى الكلام الجارى اسم "قانون" وخصوصا ما كان منها كثير الشبه بقواعد القانون بالمعنى الذى ندرسه مثل قواعد الأخلاق L'étiquette, la morale فانها كثيرا ما يقال لها "قوانين الأخلاق" أو "قوانين الآداب" . وكذلك القواعد العلمية المستنبطة من البحث أو الملاحظة "كقانون العرض والطلب" و "قانون جريشام" و "قانون ملتس" فى الاقتصاد، و "قانون بويل" و "قانون الثقل النوعى" و "قانون الجاذبية" فى الطبيعة، و "قانون التفاعل الكيميائى" فى الكيمياء . وكذلك كثيرا ما يطلق اسم القانون على المظاهر والنواميس الطبيعية فيقال "القانون الطبيعى" أو "القوانين الطبيعية" Droit Naturel, Laws of nature .

بند ٢١ — وإننا نرى منذ الآن أن نحذر الطالب من أن يغتر بهذه التسميات فيعتقد أن القانون الذى نحن بصدده ، أى قانون المحامى والقاضى يهتم بهذه القواعد المختلفة أو ينظمها . إنها لم تسم قانونا إلا من قبيل المجاز فقط وبسبب كونها تحتوى على معان مشابهة لتلك التى تنطوى عليها فكرة

القانون الحقيق ، او بعبارة أخرى القانون الوضعى Droit Positive وهو الوصف الذى يستعمل عادة لتمييزه عن القوانين الأخرى التى ليست قوانين حقيقية[1] .

بند ٢٢ — فمثلا القواعد التى ينظم بها الإنسان سلوكه فيما بينه وبين نفسه أو تجاه بارئه ينتج منها انتظام داخليته وسيرها على وتيرة واحدة وهدوء باله واطمئنان ضميره من جهة آخرته . ولكن ليس هذا هو النظام أو الترتيب الذى يسعى له القانون الحقيق . القانون الحقيق يسعى لإيجاد النظام والترتيب فى حياة المجتمع ، ولا يهمه داخلية الفرد انتظمت أو اضطربت. والقانون ينطوى على معنى الطاعة ويجازى على عدمها . لأن الطاعة هى الوسيلة لإيجاد النظام وحمايته . ومعنى الطاعة مفقود فيما يتعلق بسلوك الشخص فيما بينه وبين نفسه، لأن الطاعة تحتمل العصيان وهو غير متصور هنا ، فالإنسان حر فى اتباع عوائده اليومية أو الإخلال بها . وحريته هنا مطلقة ، خلافا لحريته إزاء المجتمع . ولذلك فاخلاله بعوائده اليومية لا يخل بنظام المجتمع . بل قد لا يكون له أثر يذكر فى نظام حياته هو على العموم . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فهذه القواعد لا يسير عليها الناس فى معاملاتهم بعضهم مع بعض ، ولذلك لا تنطوى تحت الركن الأول من أركان القانون . ويلاحظ أن هذه القواعد وإن كانت تحمل أيضا معنى الجزاء ، وهو مقدار شعور الشخص بعدم الرضاء عن نفسه لإخلاله بعوائده واضطراب حياته ، إلا أنه إذا تجرد الشخص من الشعور انعدم معنى الجزاء فهو هنا مسألة نفسانية ، خلافا للجزاء القانونى الذى توقعه سلطة عليا مستقلة عن الشخص وجبرا عنه .

بند ٢٣ — والقواعد التى يراعيها الإنسان فيما بينه وبين ربه كذلك لا يضار أحد بعدم طاعتها . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فهى ليست قواعد يسير عليها الناس فيما بينهم ، والجزاء عليها فى الغالب أخروى ، فان وقع فى الدنيا كانت قانونا ولكنه دينى .

---

(١) القانون الوضعى يقابله عند الكتاب القانون الطبيعى Droit Naturel الذى سنتكلم عليه فيما يلى عند الكلام على مصادر القانون .

وكذلك القواعد التي يشاهدها الناس أو يحسون بها في المظاهر الكونية أو النواميس الطبيعية أو يستنبطونها من العلوم، فهي أيضا تنطوي على معاني النظام والترتيب والاطراد . بل إن هـذه المعاني أبدية ومستمرة في هـذه القواعد ، إذ لم نر الشمس يوما أشرقت من المغرب ولا رجلا قتل قام يسعى بين الناس ، كما كان يفعل في حياته ، ولا ارتفعت الأثمان مع كثرة البضاعة المعروضة في السوق وقلة النقد ، وهكذا . وفي بعض الأحوال نرى في هـذه القواعد معنى الجزاء ، فمثلا إذا لم يأكل الجـائع خارت قواه . ومع ذلك فمعنى الطاعة معدوم فيها، لأن عدم الطاعة غير محتمل . بل لا يمكن أن يقال إن هذه القواعد تطاع أو لا تطاع ، لأنها نتائج تحصل من تلقاء نفسها . ثم إن السلطة لا تقر هـذه القواعد ولا تأمر بها . إنها تشاهدها تجري مجراها ليس إلا، وليس لها عليها سلطان مهما حاولت التدخل لتخفيف أثرها بقدر الإمكان في بعض الأحوال فهي إذن ليست قانونا بالمعنى الصحيح.

بند ٢٤ — لم يبق بعد ذلك غير قواعد الآداب والأخلاق . وهنا نجد أن الفرق بينها و بين القواعد التي يتكون منها القانون ممـا يصعب تحديده . فهي قواعد يسير عليها الناس في معاملاتهم بعضهم مع بعض . وهي تنطوي على معظم المعاني التي ينطوي عليها القانون ، ففيها معنى النظـام والتناسق والاطراد ، وفيها معنى الطـاعة بجميع أسبابه ، وفيها عكسه أي احتمال عصيانها . وفيها أيضـا معنى الجزاء ، فالكذاب مثلا يجازى بالاحتقار من الجماعة لاشتهاره بينهم بالكذب . كذلك من يخل بآداب الاجتماع لا يقبـله الناس في مجالسهم، وهكذا . ولكنها تختلف عن القـانون فقط في اختلاف السلطة التي توقع الجزاء على مخالفيها . فهذه السلطة هي في قواعد الأخلاق غير محدودة ولا معروفة ، اللهم إلا بشكل مبهم ، لأنها تنحصر في الجمهور أو الرأي العام Opinion Publique أما في القواعد القانونية فالسلطة محدودة معروفة وهي الحكومة . أما السبب في أن الحكومة لا تنفذ قواعد الآداب فهو ، كما يقولون ، ان عدم طاعة هـذه القواعد لا يخل بوجود الهيئة

---

(١) صفوت ص ١٩

الاجتماعية او نظامها إذ أنها تبقى سائرة فى طريقها بدون اضطراب رغم سوء أخلاق أهلها ولعل حالة مصر فى هذا الوقت أصدق مثل لذلك .

ومع ذلك فكثيرا مانرى المشرع يتداخل فى بعض الأحوال ويجازى على مخالفة قواعد الآداب والأخلاق إذا أثرت فى المصالح المادية، أو إذا خشى منها على الأمن أو على أساس الجماعة ، كالتزوير الذى هو نوع من الكذب وكزنا الأزواج ، كما أنه يحصل فى بعض الأوقات أن تدخل هذه القواعد فى دائرة القانون الوضعى من طريق العادة أو العرف إذا اطردت واستقر العمل بها كقاعدة من قواعد المعاملات .

بند ٢٥ — ومن ذلك يمكننا أن نرى أنه لا يكفى أن توجد قاعدة وتكون مرعية باطراد سواء بين الناس أو فى الطبيعة لتعتبر جزءا من القوانين الوضعية ، بل لا بد أن يتوافر فيها فوق ذلك الركنان التاليان، أى لا بد من إقرارها أو الأمر بها ومن تنفيذها أو العقاب عليها بواسطة السلطان .

الركن الثانى

قواعد يقرها السلطان أو يأمر بها ليسير عليها الناس

بند ٢٦ — بهذا الركن والذى يليه يتميز القانون الوضعى عما عداه من القوانين . وفى التعبير عنه بهذا الشكل إشارة إلى نظريتين مختلفتين عن ماهية القانون : إحداهما تسمى النظرية التحليلية ، والأخرى تسمى النظرية التاريخية .

وأصحاب النظرية الأولى يبحثون عن ماهية القانون من طريق تحليله الى عناصره الأولى لمعرفة مم يتكون . ويذكر على رأس أصحاب هذه النظرية العلامة الانجليزى "أوستن" (١٧٩٠ — ١٨٥٩) الذى كان أستاذا لعلم القانون فى جامعة لندن . ولكنه فى الواقع لم يكن مؤسس هذه النظرية .

بل مؤسسها هو " توماس هو بز"[1] وكان من أنصار الملكية المطلقة ، ومن رأيه أن القانون بالمعنى الحقيقى هو أمر Command من السلطان لرعيته ويقصد بالسلطان[2] الوالى أو الحاكم Souverain, Sovereign الذى له الكلمة العليا والحكم الذى لا معقب له فى الدولة . والأوامر التى تصدر من السلطان إما عامة ، أى صادرة لكل الناس ، أو خاصة كالأوامر التى تصدر مثلا بحمل نيشان أو بتعيين وزير . والأوامر العامة وحدها هى التى يطلق عليها لفظ قانون .

والسلطان اما أن يكون إلهيا ، وهو المنسوب للولى جل وعلا ، وتعتبر أوامره قوانين إلهيـة Divine Laws or Laws of God أو بشريا ؛ وهو المنسوب لمن يتولى السلطة السياسية العليا أى من له السيادة Sovereignty فى الدولة. وفى نظر هو بز وفى أيامه كان صاحب هذه السلطة هو الملك ، وأوامره تعتبر قوانين وضعيـة Positive Laws أما الأوامر التى تصدر من بعض الناس لبعض دون أن يكون لهم عليهم سلطة أو سيادة سياسية ؛ كقوانين النوادى ، فـلا تعتبر قوانين . وقس على هـذه بقية القواعد التى وضعناها فيما تقدم .

وقد أخذ أوستن عن هو بز هـذه النظرية وبنى عليهـا . الا أنه لم يعتبر نفسه مقيـدا مثل هو بز بجعل السـلطة العليـا أو السيادة محصورة فى فرد معين ؛ إذ لم يكن ، كهو بز ، مضطرا للدفاع عن نظام الملكية مطلقة كانت أو مقيدة ، بل كان يقر الواقع الذى وصل اليه من تحليل فكرة القانون مقتفيا أثر هو بز ، وهو أن القانون عبارة عن أمر من صاحب السلطان سواء أكان هذا السلطان فى يد حاكم مستبد أو مطلق أو كان فى يد حاكم أو هيئة سياسية معينة أو منتخبة ، بشرط أن تكون هذه الهيئة محدودة ومعروفة Determinate

---

(١) انظر كتابه Leviathan وقد قال بهذه النظرية غيره مثل ابيكور وهلفيتيوس . (راجع ماسيه المشار اليه آنفا ص ٢٩) ومثل ايهرنج والبرنس بسمارك (صادق فهمى بك شرح القانون المدنى ص ١٧ بند ٥ والحاشيتين ٣و٥ على نفس الصفحة) .

(٢) ويرد لفظ السلطان أيضا بمعنى السلطة التى يتولاها الحاكم أو الوالى .

وتطبيقا لهذه النظرية لا يمكن أن يطلق اسم القانون على أى قاعدة لم يصدر بها أمر من السلطان ، مثل قواعد الآداب والأخلاق المرعية بين النـاس باتفاقهـم وتواضعهم عليهـا ولا على النواميس الطبيعية وعادات الانسان الشخصية ولا على قواعد اللعب فى الأندية الرياضية وغيرها . وكذلك القواعد المرعية بين الدول فى تنظيم علاقتها فى السلم والحرب ، وهى التى يطلق عليها فى الغالب اسم " القانون الدولى العام " ، لا تعتبر قانونا فى نظر أوستن ، لأنها لم توضع بواسطة سلطة أعلى من سلطة أى دولة ، بل هى أوضاع تراعيها الدول وهى جميعا معتبرة أنها متساوية فى السلطان والسيادة والاستقلال من الوجهة القانونية أو النظرية — هـذه هى نظرية أوستن أو النظرية التحليلية .

ولا حاجة بنا إلى القول بأن الأمر يحتاج إلى القوة فى تنفيذه أو الجـزاء على مخالفته عند اللزوم . وهذا ظاهر مادام الآمر هو صاحب السلطة العليا ومن مميزات هذه النظرية أنها جلية واضحة غير مبهمة ، ويمكن بواسطتها إكتشاف ماهية القانون بسهولة ، لأنه بحسبها يتكون من عنصرين اثنين وهما الأمر الصادر من السلطان والجزاء عليه .

بند ٢٧ — وقد وجهت الى هذه النظرية انتقادات أهمها ما يأتى :

اولا — إن جزءا كبيرا من القانون لم يصدر بأمر من السلطان مباشرة . ففى انكلترا مثلا تعتبر أحكام المحاكم مصدرا من مصادر القانون وتسرى أحكامها كمبادئ قانونية تتبع فى الحالات المتشابهـة . وفى كل البلاد تعتبر العادة أو العرف القديم الثابت المرعى بين الناس مصدرا من مصادر القانون له من الأثر ما للأوامر الصادرة رأسا من السـلطان . فنظرية أوسـتن تؤدى إلى إخراج هذه المسائل من حيز القانون وهو خطأ .

ولكن أوستن يرد على هذا النقد بقوله "ما أجازه السلطان فقد أمر به" What the Sovereing permifs he commands . ومادام أن السلطان ينفذ أحكام المحاكم المبنية على العرف أو التى تستنتجها هى من الظروف فكأنه

أمر بها . ومع ذلك فسنرى أن هذا الرد غير كاف وفيه تعسف عند مانشرح مذهب الفريق الآخر .

ثانيا — بند ٢٨ — إن كثيرا من القواعد القانونية ليس صادرا فى صورة الأمر من السلطان . خذ مثلا القانون المدنى تجده لايحتوى على أوامر بل على تعاريف للاصطلاحات القانونية المختلفة كالمال ، والملك ، وحق الانتفاع ، والارتفاق ، ومضى المدة ، والالتزام ، والبيع ، والرهن ، والقرض ، وحقوق الدائنين . فيقرر مثلا أن البيع هو تمليك مال بثمن ، وأن الوصية جائزة فى ثلث مال الموصى ، وأن الجار له حق الشفعة فى ملك جاره إذا باعه لغيره . ولكنه لايأمر الإنسان ببيع ماله ولا بالإيصاء بثلثه لآخر ولابأخذ مال جاره بالشفعة ولا ينهاه عن شىء من ذلك .

وقانون المرافعات يبين اختصاص كل محكمة وقواعد المرافعات فى الدعاوى التى ترفع إليها ، ولكنه لايأمر الشخص برفع دعوى على غيره أو مقاضاته . وكذلك قانون العقوبات لايأمر أحدا بعدم القتل أو السرقة ولكنه يبين فقط عقاب القاتل إذا قتل والسارق إذا سرق. ولاشك أن هذا انتقاد سخيف مبنى على اللعب بالألفاظ . وقد أحسن أوستن فى الرد على هذا الانتقاد بقوله إن الأمر وإن لم يكن صريحا فى هذه القواعد فانه مستتر فيها جميعا ، وإنه موجه للكافة باحترام الحق الذى يبيحه القانون لغيرهم أو يحميه منهم وإنه موجه أيضا للحاكم التى يجب عليها تطبيق القانون فى حالة عدم طاعتهم له . وعلى ذلك يكون الحكم بجواز أخذ ملك الجار بالشفعة معناه أمر لجميع الناس باحترام حق الجار فى الأخذ بالشفعة وأمر للحاكم بتنفيذ هذا الحق إذا طلب منها ذلك ، والنص على عقاب القاتل معناه أمر للمحكمة بتوقيع العقاب على من يقتل .

ثالثا — بند ٢٩ — إن هناك بعض مسائل يمكن بصعوبة تضمينها معنى الأمر ولو من طريق غير مباشر . وقد أراد بعضهم أن يضرب لذلك مثلا قواعد الدين، فانها ليست أمرا من السلطان لامن طريق مباشر أو غير مباشر وهى فى بعض البلاد تنفذ فى الناس أراد السلطان أو لم يرد ، أى تنفذ رغم

إرادته . خذ مثلا الدين الإسلامى فى البلاد التى يسرى فيها حكم الإسلام البحت وفى مصر قبل الآن . فهل كان فى استطاعة السلطان أو الحاكم أن يغيرها أو يأمر بعدم اتباعها ؟ كلا . ومع ذلك فاننا لانرى وجاهة التدليل على هذا الانتقاد بقواعد الدين، لأننا عرفنا أن هوبز كان يعترف بالسطان الإلهى وهو المولى جل وعلا . وحينئذ لاتخرج قواعد الدين عن معنى الأمر ، فقط يكون الأمر إلهيا والقانون دينيا . على أن انتقادهم يظل سليما إذا كان موجها لأوستين خاصة لأنه لايعتبر قواعد الدين من القانون إلا إذا نفذها السلطان وحينئذ فقط يمكن أن تحتوى فى نظره على معنى الأمر بسبب إجازته لها والسماح بها كما تقدم أولا .

ولكن بغض النظر عن قواعد الدين فان المثل المهم الذى يجب فى نظرنا أن يضرب لتأييد هذا الوجه من الانتقاد لنظرية أوستن هو القواعد الدستورية، إذهذه القواعد هى التى تبين حدود السلطان وحقوقه إزاء المجتمع وتبين متى يعتبر أمره قانوناومتى لايعتبر . خذ مثلا القاعدة التى قررها الدستور المصرى وهى « أنه لايصدر قانون الا اذا أقره البرلمان وصدق عليه الملك » فكيف إذن نعتبر مثل هذه القاعدة أمرا من السلطان . ولمن يتصور صدور الأمر ؟ ومن الذى ينفذها عليه إذا خالفها ؟

بند ٣ — على صخرة هذا الانتقاد تحطمت نظرية أوستن، لأنه لما لم يجد ردا يملأ به الفراغ الذى يحدثه هذا النقدفى نظريته راح ينكر على القانون الدستورى اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ويقرر أنه ليس إلامزيجا من القانون الوضعى والآداب Compound of positive Law and Morality (ايموس نظرة سيستماتيكية ص ١٠٤ — محاضرات أوستن) مع أن كون الدستور قانونا مما لايمكن أن يشك فيه أحد . وإنما وقع أوستن فى هذا المحظور لأنه كما قدمنا مالأ هوبز فى نظرية السلطان من جهة جعله الحاكم الذى يتولاه مطلقا لاتتوقف إرادته على ارادة غيره . ولو أنه جعل للرأى العام الذى يستمد منه الحاكم قوته ويستعمل حقوقه بالنيابة عنه فى وضع القوانين لما تحطمت نظريته على انتقاد كهذا . لأن السلطان الحقيقى يكون للرأى العام أى للأمة

لا لمن أنابته عنها أو انتخبته أو عينته ليتولاه باسمها، وهو ماتقوله المادة ٢٣ من الدستور المصرى « جميع السلطات مصدرها الأمة » وعلى ذلك إذا خالف من يتولى هذا السلطان قواعد الدستور الذى هو عقد بينها و بينه أمكنها هى أن تتولى بنفسها إعادة الأمر إلى نصابه بقوتها التى أعارته إياها والتى لها أن تستردها منه لتنفذ فيه أمرها ، أي نص الدستور الذى لم يحترمه . بهذا المعنى فقط يستقيم اعتبار الدستور أمرا من السلطان يترتب على مخالفته جزاء ، وهذا السلطان هو السلطان الحقيق أى سلطان الأمة .

ويؤيد هذا الضعف فى نظرية أوستن أنه بحسبها يجوز للحاكم أن يغير و يعدل فى القوانين حسب ما يشاء ، لأنه مادام يخلق القانون بالأمر فله أن يعدل عنه كذلك ، وهو ما لا يتفق مع الواقع كثيرا إذا لم نفهم السلطان بأنه رغبة الأمة ، لأنه لايمكنه أن يصدر قانونا لاتحتاج اليه الأمة ولا يلزم لها إلا إذا عرض نفسه لسخطها أو على الأقل عرض القانون نفسه لأن يبقى حبرا على ورق . والواقع أن الحاكم لا يقدم فى الأحوال العادية على إصدار قوانين ما لم تدع اليها حاجة عامة يشعر بها المجموع وتحقق رغباته .

بند ٣١ — النظرية التاريخية : أما هذه فتنسب الى سافينى[١] العالم الألمانى المشهور المتوفى سنة ١٨٦١ وتبعه فيها غيره كالسير هنرى ماين الانجليزى[٢] .

وأهم مافى هذه النظرية أن نقطة القوة فيها هى نقطة الضعف فى نظرية أوستن ، لأنها تجعل للرأى العام . أو رضا الأمة أو قبولها المحل الأول فى وجود القانون . وعلى ذلك لا يمكن القول بأن السلطان يخلق القانون خلقا إذا أراد بدون نظر إلى تاريخ الشعب الذى سينفذ فيه القانون وظروفه ورغباته بل إن مهمته قاصرة على التعبير فقط عن القواعد القانونية التى ترضاها الأمة وتقبلها و إعطائها الصيغة القانونية حسب ما يشاء لأن السلطة التى يستعملها

(١) راجع مؤلفه الشهير عن القانون الرومانى الحديث — الجزء الثامن .

(٢) وقد ألف عدة كتب عن القوانين والنظم القديمة مثل Ancient law History of early institutions' early law and custom. ضمنها أراءه فى نمو القانون وتطوره .

ليست سلطته ، بل من ورائها سلطة الأمة التي هي المصدر الأول لسلطته هو . و إذا جاز ذلك فقد القانون معناه وأصبح مجرد هوى وتحكم من جانبه. ويظهر أثر هـذا القول في القوانين الدستورية وتغييرها لأن تغيير الدستور كضرب معول في أساس الحياة الاجتماعية . ولذلك يحدث تغيير الدستور أو الغاؤه من الهياج في شعور الجمهور ما لا يحدثه تغيير غيره من القوانين لأنه يمس حياة المجتمع مباشرة . و إذا حصل في بعض الأحوال أن تغير الدستور على غير رغبة الشعب ودون احتجاج منه أو عمل يظهر به شعوره فليس معنى ذلك أن السلطة النهائية ليست له ، بل قد يمنعه من ذلك عادة الطاعة للقانون والنظام المتأصلة في نفوس الشعوب أو الخوف من عدم إحكام التعاون بين أفراده أو غير ذلك من العوامل التي تمنع مقاومة الشعب للتغيير [1]

وقد وجد أنصار هذا المذهب من الحجج في قواعد العادات والدين ما يؤيد رأيهم في أن القانون كان دائما يوجد في الماضي بدون أن يكون للسلطان دخل في وجوده ولا يزال الحال كذلك في البلاد التي لا تزال قوانينها دينية بحتة ، كالبلاد العربية الإسلامية المستقلة الآن كالحجاز واليمن وغيرها من البلاد التي للعادات فيها حكم الدين . ففي كثير من هـذه البلاد يوجد القانون لا بدون تدخل السلطان فقط ، بل ينفذ دون أن يجرأ هو على تغييره أو تعديله . وقد كان الحال كذلك في مصر الى عهـد قريب ، ولا يزال كذلك فيهـا بالنسبة لقواعد الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والزواج والطلاق مثلا . ثم إن الطاعة التي يوليهـا الناس لهذه القواعد ليست كما يقول أوستن لأن الحـاكم ينفذها ، إذ كيف يكون ذلك وهو نفسه لا يجرؤ على مخالفتها ؟ و إنما هي تطاع لأنها جزء من عقيدة الجمهور الدينية. وفي الوقت الذي يصل فيه حب الدستور من نفس الجمهور إلى مقام العقيدة الدينية يكون في ذلك الضمان الكافي لحماية الدستور من تعديله بأية صورة ما على غير رغبته ، والأديان لم تبق على مر الزمان إلا بمثل هذه العقيدة . فلا فائدة من التعلق بأوهام غيرها من الطرق لحماية الدساتير .

---

(١) فون ايهرنج تطور القانون فصل ٨ ص ٩٧ الى ١٩٩ — جوردبى ص ٤٠

بند ٣٢ — هاتان هما النظريتان اللتان تبحثان فى ماهية القانون : إحداهما تجعله متوقفا على إرادة السلطان وأنه هو الذى يوجده بأمر منه ، والأخرى تعتبره كائنا حيا يوجد بنفسه إذ يولد مع الاجتماع وينمو بطريق العـادة أو الدين ، وعمل السلطان فيه مقصور على إقرار وجوده وتنفيذه مستندا إلى قوة الشعور العام ورضا المجموع به . والواقع أنه ليس هناك تعارض[1] بين النظريتين ، لأن إحداهما قصرت نفسها على وجه واحد من وجوه القانون فى العصر الحاضر ، وهو التشريع بواسطة البرلمـان مع رئيس الدولة ، وغلبت هـذا الوجه على كل الوجوه الأخرى ، فأرجعت القانون فى جميع وجوهه إلى صورة الأمر . ونظرت الأخرى إلى القـانون فى منشئه وأصله ونمـوه وتطوره قبل أن يشتمل عليه أمر السلطان أو إقراره له ، فأرجعت وجوده إلى الرضا أو الشعور العام المشترك بين الجمهور ، واعتبرت ذلك أساسا لإقرار السلطان له أو أمره به . وكلا الوجهين صحيح فالسلطان فى العصر الحاضر كثيرا ما يخلق القانون خلقا وهو يريد بذلك أن يوجه حياة الجمهور فى اتجاهات جديدة يرى من ورائها مصلحة المجتمع . وكثيرا أيضا ما يتقيد بعوامل اجتماعية يهتم بها الجمهور فيصدر القانون محققا لرغباته مؤيدا للقواعد التى أقرها الجمهور الضمنى أو الصريح .

وهذا ما دعانى للقول فى التعريف بأن القانون قواعد يقرها أو يأمر بها السلطان .

الركن الثـالث

تنفيذ القاعدة أو الجزاء عليها بواسطة المحاكم

بند ٣٣ — تنفيذ القاعدة هو حمل الناس على اتباعها واحترامها مباشرة وهذا وإن كان ممكنا فى بعض الأحوال فانه غير ممكن فى كثير منهـا . فمثلا يمكن تنفيذ قانون التعليم الإلزامى بأخذ الطفل عنوة من والديه و إرساله

(١) قارن صفوت ص ٧٣ — ٧٥ وجود بى ص ٥٠ — ٥٢

للدرسة . ويمكن تنفيذ عقـــد البيع بالقوة بواسطة محضر يسلم الشيء المبيع للمشترى رغم امتناع البائع. ولكنه غير ممكن مثلا فى حالة التعهدات التى ترجع الى أشخاص المتعاقدين ويمكنهم الامتناع عن الوفاء بها مهما حاولت القـــوة إرغامهم عليه : كتعهد المغنى بالغناء فى حفلة، وتعهد الممثل بالتمثيل ، والرسام برسم صورة زيتية، والمدرس بالقاء درسه ، إذ لا يمكن حمل أيهم على الوفاء إذا امتنع عن الغناء أو التمثيل أو الرسم أو التدريس ، ولا تجدى معه القوة إذا أصر على عناده . كذلك لا يمكن التنفيـــذ المباشر فى حالة الجرائم فمهما احتاطت السلطة العامة يمكن دائما لأى شخص أن يقتل آخر بفجأة فى الطريق مثلا ، أو بعد ترصد وتضليل لرجال الحفظ حتى يتمكن من غريمه . كذلك فى المعاملات المدنيـــة التى يحرمها القانون ، كالديون الناشئة عن المقامرة ، أو كالزواج بمحرم ، كل ما يستطيعه السلطان فى هذه الأحوال هو الالتجاء إلى الجزاء على المخالفة أو على العصيان . فالجزاء اذن هو العقاب المحتمل كنتيجة لمخالفة القاعدة أو الضرر الذى يهدد به السلطان من يخالف القانون .

والتنفيذ أو الجزاء ركن أساسى من أركان القانون ، بحيث لو لم يوجد ما اعتبرت القاعدة قانونا . أو على الأكثر لا تعتبر الا قانونا ناقصا، كالمـــادة ٨/٧ ت أم التى تنص على أن كل فرد يجب عليه أن يقبض على المجرم المتلبس بالجريمة وأن يبلغ عن الجنايات التى يعلم بوقوعها ، فانها لم تضع عقابا لمن لم يقم بهذا الواجب . وكذلك قواعد القانون الدولى العام لا تعتبر قانونا على رأى البعض لعدم الجزاء عليها أو عدم وجود سلطة تقرها أو تفرضها على الدول ، وإن كان البعض يقول بأنها تعتبر قانونا خصوصا بعد إنشاء عصبة الأمم ، لأن الجزاء متصور فى الحرب والمقاطعة الاقتصادية اللتين يمكن للعصبة تقريرهمـــا ضد الدولة العاصية .

بند **٣٤** — وقد ذهب أحد العلماء وهو بنتام الانجليزى فى كتابه أصول الشرائع[1] إلى تقسيم الجزاء على العموم الى أنواع وهى :

أولا — جزاء حسى أو طبيعى Physical Sanction ويقصد به الألم الذى يصيب الإنسان من تصرفه فى نفسه أو هو الذى يترتب على مخالفة النواميس الطبيعية كالمرض الذى ينتج من عدم مراعاته قواعد الصحة وتنظيم حياته .

ثانيا — جزاء أدبى أو شعبى Moral or Popular وهو الشعور السيئ الذى يحدثه فى نفس الجمهور ضد نفسه من يخالف قواعد الآداب والأخلاق كاحتقارهم له .

ثالثا — جزاء دينى Religious وهو الذى يتوقعه سواء فى الدنيا أو فى الآخرة من يخالف قواعد الدين أو الشريعة وأصولها .

ولكن كل هذه الأنواع من الجزاء لا تهمنا هنا ، لأننا بينا فيما سبق أن القواعد التى تحميها ليست من قواعد القانون الوضعى أو القانون بالمعنى الصحيح وإنما يهمنا النوع التالى من الجزاء وهو :

رابعا — الجزاء القانونى أو السياسى Legal or Political وهو الذى توقعه السلطة العامة على من يخالف أحكام القانون ، أو هو الذى يوقعه السلطان بواسطة الحاكم . وبهذا يتميز عن غيره من أنواع الجزاء الأخرى .

بند **٣٥** — وللجزاء القانونى صور مختلفة ، فتارة ينحصر فى إبطال التصرف المخالف للقانون وعدم ترتيب نتيجة عليه كما هو الحال فى الرهن التأمينى مثلا اذا عمل بدون عقد رسمى (٥٥٧ / ٦٨١ م ا م) فانه يبطل ولا يمكن للدائن أن يتخذ بالنسبة للعقار المرهون إجراءات نزع الملكية للحصول على دينه إلا إذا حصل على حكم بدفع الدين مقدما ، كما يحصل لو

---

(١) Bentham, Theoryo of Legislation وهذا الكتاب عربه أحمد فتحى زغلول (باشا) بالعنوان المذكور فى الشرح .

كان دائما عاديا غير مرتهن . وكذلك بطلان رهن الحيازة اذا خرج الشيء المرهون من حيازة الراهن (٥٤١ / ٦٦٣ م ا م) و بطلان العقود التى تحصل مع طفل غير مميز .

وتارة يأخذ الجزاء شكل عقاب توقعه المحاكم كما هو الحال فى أنواع الجرائم المختلفة ليكون فى من وقع عليه العقاب عبرة ورادعا لغيره عن ارتكابها ودافعا لاحترام القانون .

بند ٣٦ — ولكن هل يعتبر جزاء بالمعنى المتقدم الإعفاء أو المكافأة التى قد ينص المشرع فى بعض الأحوال على إعطائها للشخص نظير طاعته للقانون أو مساعدته فى تنفيذه ، كما هى الحال مثلا فى المادة ٤٧ عقوبات مكررة قانون نمرة ١٠/٦/٢٨ لسنة ١٩١٠ التى تعفى الشريك فى الاتفاق الجنائى على ارتكاب جريمة اذا بلغ عنها من تلقاء نفسه قبل وقوعها ، أو كاعطاء جزء من الغرامة التى يحكم بها على من يتجر بدون رخصة فى المواد المخدرة للأشخاص الذين يضبطون المواد المذكورة والمتجرين بها تشجيعا لهم على محاربة الاتجار بهذه المواد وضبط المشتغلين بتهريبها .

الجواب على ذلك بالنفى ، أى لا يعتبر ذلك جزاء بالمعنى القانونى ، لأنه إن جاز أن يكون الجزاء ثوابا من السلطان أو مكافأة على الطاعة دون عقاب يوقع على المخالف لأمكن للانسان أن يخالف القانون كلما رأى من مصلحته أن يخالفه و يتنازل عن المكافأة ، وحينئذ يكون احترام القانون وعدم احترامه متوقفا على محض مشيئة الشخص وتقديره لمصلحته هو . وفى ذلك عين الفوضى التى وضع القانون لمنعها .

الفصل الثانى

تقسيم القانون DIVISION DU DROIT

بند ٣٧ — رأينا فيما تقدم أنواعا مختلفة من القوانين مثل قوانين الأخلاق وقوانين الآداب والقوانين الطبيعية أو النواميس الكونية والقوانين الدينية . وعرفنا فى الوقت نفسه أن هذه ليست قوانين بالمعنى الصحيح. وكلامنا هنا قاصر على تقسيم القانون بالمعنى الصحيح الذى عرفناه فى الفصل السابق ، أى القانون الوضعى .

بند ٣٨ — والقانون الوضعى يمكن تقسيمه الى أقسام مختلفة بأشكال متعددة تبعا لتعدد وجهة النظر اليه . وبعض وجوه التقسيم ليس له أهمية خاصة فى العمل أوله أهمية ثانوية من حيث التقسيم فى ذاته ، والبعض له أهمية كبرى . ولذلك سنبدأ بذكر التقاسيم غير المهمة لاستبعادها :

بند ٣٩ أولا — القانون المسنون وغير المسنون : اذا نظرنا الى القانون باعتبار الشكل الذى يصدر به يمكننا تقسيمه الى مسنون Droit Écrit وغير مسنون Droit non Écrit أو Coutumier .

ولا يتسرب الى الذهن أن القانون المسنون هو المكتوب على الورق وأن غير المسنون هو الذى لم يكتب أو لم يسطر على الورق ، بل إن المسنون هو الذى تسنه أو تصدره السلطة التشريعية فى الدولة بما لها من الحق فى التقنين أو التشريع أى عمل القوانين . أما غير المسنون فهو الذى لم تسنه أو لم تصدره السلطة التشريعية . والأول يوجد دائما بشكل مكتوب ، لأنه نتيجة مباحثات ومناقشات مسجلة بالكتابة ، ولأنه ينشر على الناس فى جريدة رسمية

(١) صادق فهمى بك ص ٨٨ بند ٤٩

(٢) بلانيول ج ١ بند ١١

أو بصفة نشرة أو كتاب مجموع ومجلد . أما الثانى فقد يوجد مكتوبا ، كما هو الشأن فى قواعد الشريعة الإسلامية المعمول بها أمام المحاكم الشرعية والتى لم تضعها السلطة التشريعية فى الدولة ، بل أقرت العمل بها فقط . وقد لا يكون مكتوبا ، كالعادات والعرف التى تأخذ بها المحاكم فى أحكامها وكالقواعد الدينية التى تعمل بها بعض محاكم الطوائف . ومع ذلك فهذه أيضا تثبت بالكتابة عند الحكم بها ويمكن الاطلاع عليها فى مجلات الأحكام أو فى سجلات المحاكم .

ولهذا السبب رأينا عدم التعبير بعبارات مسطور وغير مسطور أو مدون وغير مدون أو مكتوب التى يستعملها بعض الكتاب[1] فى مجال هذا التقسيم.

بند ٤٠ ثانيا — واذا نظرنا اليها باعتبار جواز أو عدم جواز مخالفتها أمكننا تقسيمها الى القسمين الآتيين :

القوانين المتعلقة بالنظام العام Lois d'ordre public والقوانين السامحة Permissives أو المقررة Déclaratives أو المكملة Supplétives[2] . والأولى هى كل القواعد الإلزامية Les règles obligatoires الآمرة أو الناهية Impératives ou Prohibitives التى لا يجوز لأى انسان أن يخالفها ، كالقاعدة التى تأمر بعمل الرهن بعقد رسمى وإلا كان باطلا لا وجود له (٥٥٧/٦٨١ م أ م) ، وتلك التى تقضى بعمل الوقف باشهاد أمام قاض شرعى فى مصر (١٣٧ ش ش) ، والقاعدة التى تنهى عن التصرف فى ملك الغير أو اختلاسه (٢٩٦،٢٩٣ ع أ) أو ارتكاب جريمة ضد شخصه كضربه أو قتله (٢٠٦ ، ١٩٤ ع ١) أو زرع حشيش أو دخان فى مصر ، وهكذا .

أما الثانية فهى التى يسمح للناس أو يصرح لهم فى معاملاتهم أن يتفقوا على خلافها ، لأنها موضوعة ليحكم بها اذا لم يتفقوا على خلافها ، وتعتبر مبينة فقط لأحكام معاملاتهم أو مقررة لحقوقهم ومكملة لمقاصدهم ، فلا

---

(١) صفوت ص ٩١ — سيد مصطفى وكامل مرسى أصول القوانين ص ١٤٦

(٢) كابيتان Cours du Droit Civil جزء ١ ص ٨ .

تسرى عليهم الا اذا لم يستبعدوها فى مشارطاتهم . ومن هذه معظم قواعد القانون المدنى . خذ مثلا القاعدة التى تقضى بأن مصاريف نقل المبيع الى مكان التسليم ووزنه أو مقاسه على البائع ، فانه يصح باتفاق خاص بين البائع والمشترى مخالفتها بأن تجعل المصاريف على هذا الأخير (٢٦٣/٣٥٥ م أم) . ومثلها قاعدة أن الدائن المرتهن رهن حيازة يجب عليه أن يسعى فى استغلال المرهون بحسب ما هو معد له ، اذ يمكن الاتفاق على أن يكون غير مكلف بذلك (مادة ٥٤٥/٦٦٨) م أم .

بند ٤١ ثالثا — واذا نظرنا اليها باعتبار المكان أو المحال أو بعبارة أصح الدار Territoire التى تسرى فيها أمكن تقسيمها الى قوانين محلية أو دارية Territoriales وقوانين لا محلية أو لا دارية Extra-territoriales وستظهر فائدة هذا التقسيم عند ما نتكلم فيما يلى على القانون الدولى الخاص . وإنما نكتفى هنا بأن نذكر على سبيل المثال للأولى القوانين المتعلقة بتنظيم التصرفات فى العقار وقوانين العقوبات وكذلك لوائح البوليس ، فانها تسرى على جميع الأشخاص الموجودين فى دار الدولة أى على أرضها والبقاع التابعة لها ولا تسرى خارجها ، ونذكر على سبيل المثال للثانية قوانين الأحوال الشخصية فانها تسرى على رعايا الدولة اينما كانوا ، أى ولو فى غير بلادها .

بند ٤٢ رابعا — بالنظر الى الغرض الذى يرمى اليه القانون يمكن تقسيمه الى قانون موضوعى Droit Substantif أو Droit de Fonds وقانون وصفى أو كما يسميه بعضهم شكلى Théoric أو منفذ Sanctionnateur .

فالقانون الموضوعى هو الذى موضوعه بيان الحقوق والواجبات ، مثل القانون المدنى والقانون التجارى البرى والبحرى والقانون الجنائى .

أما القانون الوصفى فهو الذى موضوعه بيان الإجراءات أو الطرق التى تؤدى إلى الوصول للحق مثل قانون المرافعات المدنية والتجارية التى تتبع فى دعاوى الحقوق المدنية والتجارية . وتظهر أهمية هذا التقسيم عند ما نتكلم على التقسيم الأساسى للقانون .

بند ٤٣ — هذه التقسيمات الأربعة المتقدمة أهميتها فى الواقع ثانوية، لأن الثلاثة الأولى منها لا يتكون منها فروع من القانون مستقلة وقائمة بذاتها، بل هى مجرد فروق بين بعض القواعد التى توجد فى مختلف فروع القانون والبعض الآخر. فالقانون المدنى وحده مثلا يحتوى على قواعد من كل من هذه الأنواع الثلاثة الأولى، إذ توجد فيه قواعد مسنونة، وهى المواد المذكورة فى مجموعة القانون المسماة بالقانون المدنى. وفيه قواعد غير مسنونة، وهى قواعد الأحوال الشخصية [1] التى تطبقها المحاكم الشرعية والمجالس الملية. وفيه قواعد متعلقة بالنظام العام أى قواعد إلزامية، كعدم صحة الرهن مالم يحصل بعقد رسمى. ومعظمه قواعد تصريحية أو اختيارية كجواز الاتفاق على تأجيل نقل الملكية فى البيع. وقواعد الأحوال الشخصية فى القانون المدنى تعتبر قواعد لادارية أو لا محلية. فى حين أن قاعدة عمل الرهن بعقد رسمى تعتبر قاعدة دارية أومحلية تسرى على الأموال الموجودة فى مصر فقط. وقس على ذلك قواعد القانونين التجارى، والتجارى البحرى. وأما القوانين الأخرى ففيها قواعد تجمع بين الأقسام الثلاثة الأولى، كالقانون الجنائى فان قواعده كلها مسنونة، اذ لا عقاب بدون نص قانونى صادر من السلطة التشريعية رأسا، أى لا يؤخذ فى العقاب لا بحكم العادة ولا الدين. وقواعده كلها من النظام العام، إذ لا تجوز مخالفتها. وهى قواعد دارية أو محلية لأنها تسرى فى القطر المصرى فقط على كل من يرتكب جريمة فيه الا اذا كان مستثنى بحكم معاهدة أو بحكم القانون نفسه. أما التقسيم الرابع فهو وان كان يتكون منه فروع خاصة قائمة بذاتها، الا أنه فى الواقع تابع للتقسيم الأساسى الذى سنذكره فيما يلى (بند ٤٥)، فتقسيم القانون الى مدنى وجنائى مثلا يتبعه تقسيم كل منهما الى قسمين: موضوعى ووصفى.

---

(١) القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية جزء لا يتجزأ من القانون المدنى وإن كانت قد وردت فى كتاب مستقل، وتطبقها محاكم مستقلة عن المحاكم المدنية العادية، لأن ورودها فى كتاب مستقل وتطبيقها بواسطة محاكم مستقلة لا تأثير له على طبيعتها القانونية، بل هو مسألة شكلية بحتة ترجع الى ظروف مصر الخاصة.

بند ٤٤ — ولذلك نميل الى عدم اعتبار ما تقدم أقساما للقانون ، بل وجوها مختلفة من وجوه القواعد القانونية مهما كان القسم الذى تدخل فيه. ونرى أن التقسيم الصحيح للقانون هو مايترتب عليه اعتبار كل قسم فرعا من فروع القانون متميزا بأصوله وأحكامه عن بقية الفروع الأخرى . وهذا الغرض يتحقق اذا نظرنا الى القانون من جهة صفة الروابط التى ينظمها وطبيعتها فى آن واحد. والروابط التى ينظمها أوالروابط القانونية Rapports Juridiques تستمد صفتها من صفة الهيآت أو الأشخاص التى تربطهم بعضهم ببعض. وتستمد طبيعتها من نوع المعاملات التى تحكمها .

التقسيم الأساسى

بند ٤٥ — التقسيم بحسب صفة الروابط القانونية :

بحسب صفة الروابط القانونية ينقسم القانون الى القسمين الأساسيين التاليين وهما :

أولا — القانون العام Droit Public وهو الذى ينظم الروابط العامة كتكوين السلطات العامة فى الدولة (التشريعية والقضائية والتنفيذية) . ويحدد علاقاتها سواء بالدول الأخرى أو بالأفراد .

ثانيا — القانون الخاص Droit Privé وهو الذى ينظم الروابط المتعلقة بشؤون الأفراد الخاصة ، ويحكم علاقاتهم فيما بينهم .

ولكن ، بما أن الروابط القانونية سواء أكانت عامة أم خاصة قد تكون وطنية بحتة ، وهى التى لا تتصل ببلد أجنبى بوجه من الوجوه ، كالعلاقة الواقعة بين الحكومة ورعاياها أو بينهم فى بلادها ، وقد تحتوى على عنصر أجنبى Élément Étranger كالعلاقة الواقعة بين دولتين،أو دولة وأحد رعايا دولة أجنبية، أو بين أفراد من جنسيات مختلفة أو من جنسية متحدة ولكنها حصلت فى بلد أجنبى ، فلذلك يمكن تقسيم القانون بحسب صفة الروابط التى يحكمها الى قسمين آخرين وهما :

أولا — القانون الوطنى Droit National .

ثانيا — القانون الدولى Droit International .

ويرى بعضهم تسمية القسم الأول " بالقوانين الأهلية " أو " القانون الأهلى " ولكن هذه التسمية خطرة فى مصر لأن عبارة " القانون الأهلى " إذا استعملت انصرفت فى العادة الى القوانين التى تطبقها المحاكم الأهلية دون المختلطة . فاستعمالها يؤدى إلى الخلط فى معرفة المقصود [١] .

أى التقسيمين يعتبر أساسا للآخر

بند ٤٦ — وقد اختلفت وجهة النظر [٢] فى أى التقسيمين المتقدمين يعتبر أساسا للآخر أى هل يعتبر التقسيم الأساسى الى دولى ووطنى، ثم يتفرع منه تقسيم كل من القانونين الدولى والوطنى الى عام وخاص أو يعتبر التقسيم الى عام وخاص أساسا ويتبعه تقسيم كل من الخاص والعام الى دولى ووطنى .

وإنا نميل الى الترتيب الذى اتبعناه هنا ، أى الى أن التقسيم الأساسى هو إلى عام وخاص ثم نقسم كلا منهما الى دولى ووطنى .

بند ٤٧ — التقسيم بحسب طبيعة الروابط القانونية : وبحسب طبيعة الروابط القانونية ، أى نوع المعاملات التى تتصل بها ، ينقسم كل من القانونين العام (دوليا كان أم وطنيا) والخاص كذلك الى أقسام مختلفة تبعا لنوع الرابطة .

---

(١) وهيبة مذكرات فى مقدمة القانون ص ١٠٠ — ١٠٠ صفوت ص ٧٧ وعكسهما من رأينا صادق فهمى بك ص ٣٣

(٢) قارن التقسيم الوارد فى كابيتان Cours جزء ١ ص ٧ وبلانيول شرح القانون المدنى جزء ١ ص ٢٢٩ بالتقسيم الوارد فى جودبى ١٧٨ و ١٧٩ وفى هولند مبادئ علم القانون طبعة ١١ ص ٣٦١ وما بعدها .

وعلى كل حال ينقسم القانون العام إلى الفروع الآتية وهى :

(١) القانون الدستورى Droit Constitutionnel وهو الذى يبين نظام الحكم فى الدولة وتكوين السلطات العليا والدنيا التى تشترك فيه وحقوق الأفراد ومراكزهم إزاء الدولة. ويسميه بعضهم القانون السياسى Droit Politique لأنه يتكلم على الحقوق السياسية [١] .

(٢) القانون الإدارى Droit Administratif وهو الذى ينظم المصالح الإدارية العامة الرئيسية والتبعية التى تتكون منها الإدارة الحكومية ، ويبين حكم المعاملات بين الحكومة والأفراد ، كتعيين موظف أو فصله ، أو عمل مناقصة ، أو إنشاء مصلحة ؛ ويتبع هذا القانون القواعد الخاصة بفرض الضرائب وجبايتها ووجوه إنفاق ايرادات الدولة وهو ما يسمى عادة بالقانون المالى Droit Financier .

(٣) القانون الجنائى Droit Criminel ou Pénal وهو الذى يبين الأعمال المعاقب عليها قانونا — ويلحق به :

(٤) قانون تحقيق الجنايات Droit D'instruction Criminelle .

وهذه الفروع متصورة فى كل من القانونين الوطنى العام والدولى العام. وإذا كان المتبع لغاية الآن هو قصر الكلام فى القانون الدولى على تكوين الدول وحقوقها ونظامها وعلاقتها فى السلم والحرب ، فان النشاط الفكرى الحديث جعل من الممكن التكلم عن قانون دستورى دولى (عهد عصبة الأمم وما يتبعه من المحاكم الدولية ومن قواعد القانون الدولى الأساسية المعروفة الآن عند الدول) ، وإدارى دولى ويتعلق بتشكيل الهيآت الدولية الادارية ونظام العمل فيها ، ودولى جنائى ويتكلم على المسائل الجنائية التى فيها عنصر أجنبى ، ومالى دولى ويبحث فى فرض الضرائب على الأجانب وكيفية حصول الوفاء بين الدول بالديون والتعويضات الحربية وغيرها .

---

(١) ماسيه ص ٦١

بند ٤٧ مكرر — وينقسم القانون الخاص إلى الفروع الآتية وهى :

(١) القانون المدنى Droit Civil وهو الذى ينظم المعاملات المدنية البحتة بجميع أنواعها بين الأفراد .

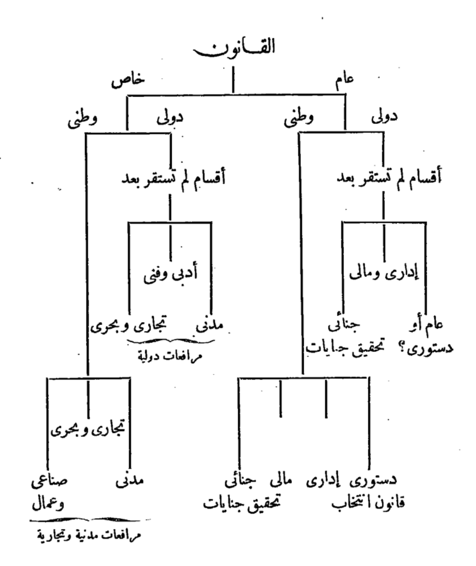
(٢) القانون التجارى Droit Commercial وينظم المعاملات التجارية بينهم .

(٣) القانون التجارى البحرى Droit de Commerce Maritime وهو خاص بالتجارة البحرية والسفن ويلحق بهذه القوانين القانون الآتى وهو :

(٤) قانون المرافعات المدنية والتجارية Droit de Procédure Civile et Commer ciale .

وهذه الفروع أيضا متصورة فى كل من القانونين الوطنى الخاص والدولى الخاص، لأنه وإن كان الحاصل فى المدارس للآن قصر القانون الدولى الخاص على بعض مسائل متعلقة بالحقوق المدنية التى فيها عنصر أجنبى وبعض قواعد متعلقة بالمرافعات الدولية والاختصاص الدولى ، إلا أن النشاط الفكرى الذى بدأ فى المؤتمرات والمعاهد الدولية دفع الاتجاه فى هذه الأيام إلى تخصيص كل طائفة من الحقوق التى فيها عنصر أجنبى بقانون خاص . فنسمع كلاما عن القانون الدولى المدنى، والقانون الدولى التجارى، وهكذا . وكذلك يقال فيما يتعلق بالقانون المدنى والتجارى ، فان المشاكل الناتجة من تطور الحركة الصناعية أدت إلى ظهور ميل كبير الى استقلال الصناعة والعمال بقوانين جديدة كالتشريع الصناعى وقانون العمال .

بند ٤٨ — بعد أن عرفنا أساس هذا التقسيم يهمنا أن نقول كلمة عن كل قسم وفروعه . ولسهولة استيعابه نرى أن نبدأ بعمل جدول نبين فيه صلة كل فرع بقسمه . وترى الجدول فى الصفحة التالية :


القانون
عام
خاص
دولى
وطنى
دولى
وطنى
أقسام لم تستقر بعد
أقسام لم تستقر بعد
إدارى ومالى
عام أو دستورى؟
جنائى تحقيق جنايات
أدبى وفنى
مدنى
تجارى وبحرى
مرافعات دولية
دستورى قانون انتخاب
إدارى
مالى
جنائى تحقيق جنايات
تجارى وبحرى
مدنى
صناعى وعمال
مرافعات مدنية وتجارية

فروع القانون العام الوطنى

١ — القانون الدستورى

بند ٤٩ — هو الذى يبين شكل الحكم فى الدولة إن كان ملكيا أو جمهوريا أواستبداديا أو نيابيا، ويبين الحريات العامة والحقوق السياسية وينظم السلطات التى تتكون منها حكومة الدولة (١)

وهذه السلطات فى البلاد المتمدينة ثلاث وهى :

(١) السلطة التشريعية وهى فى البلاد البرلمانية فى يد رئيس الدولة والمجالس النيابية — فهى فى انجلترا فى يد الملك ومجلس اللوردات والعموم، وفى فرنسا فى يد رئيس الجمهورية بقدر محدود ومجلس النوّاب والشيوخ ، وفى مصر فى يد الملك ومجلسى النواب والشيوخ .

(٢) السلطة التنفيذية وهى الملك والوزارة .

(٣) والسلطة القضائية وهى المحاكم .

والدستور تارة تصدره جمعية وطنية تتألف لوضعه ثم تحل وتكون هى صاحبة السلطان الحقيق الذى أمر به، وتارة يصدر بأمر من الحاكم المطلق فى الأصل إما منحة منه أو مرغما على منحه . والغالب عند إرغامه على ذلك أن يصدر على شكل منحة ، ولكن هذا يحصل من باب الاحتفاظ بكرامة رئيس الدولة فقط ، ولا يجوز أن يؤثر فى حقيقة الواقع ، فيقال بأنه مادام منحة منه فيمكنه الرجوع فيها . بل إنه إذا صدر من الحاكم من تلقاء نفسه حقيقة ، أى دون أن يرغم عليه ، فانه يكون منحة لاتسترد . وأخيرا قد يحصل أن تكون قواعد الدستور غير مسنونة كأن يكون مصدرها العادة

---

(١) والدولة هى جماعة من الناس تسكن دارا (أى أرضا) معينة وتتولى الأمر فيها حكومة منظمة تنظيا سياسيا .

والتقاليد ، كما هى الحال فى انجلترا . وفى هذه الحالة الأخيرة قد يقوم خلاف على ما إذا كان القانون الدستورى يعتبر قانونا وضعيا أم لا . وقد رأينا شيئا من ذلك عند الكلام على نظرية أوستن والرد عليها (بند ٣٠ آنفا) .

بند ٤٩ مكرر — ويلحق عادة بالقانون الدستورى قانون الانتخاب Loi Électorale ويمكن اعتباره بمثابة القانون الوصفى الذى يبين كيفية الوصول الى استعمال الحقوق التى يقرها الدستور، وإن كان يوجد فيه نصوص موضوعية تبين من له حق الانتخاب ومن ليس له ذلك .

الدستور المصرى

بند ٥٠ — والقانون الدستورى الحالى فى مصر صدر لأول مرة فى ١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ بأمر ملكى رقم ٤٢ على اعتبار أنه منحة . ولكن الظروف التى سبقت صدوره تجعل هذا القول محل نظر من وجوه عدة . فقد كانت لمصر مجالس نيابية نالت أولها (مجلس النواب) فى ١٨٨٢/٢/٧ [1] بعد ثورة

---

(١) فى الواقع كان أول مجلس من هـذا النوع أنشئ فى مصر هو مجلس شورى النواب الذى أسسه الخديو اسماعيل فى نوفمبر سنة ١٨٦٦ ، ولكنه فى الحقيقة لم يعط من السلطة أكثر من المداولة والمشورة ، واحتفظ الخديو بحق التصرف المطلق فيما يعرض على هـذا المجلس من المسائل بصرف النظر عما يبديه من أوجه الرأى فيهـا . ولم تكن الوزارة مسئولة أمامه . ولذلك لايمكن اعتباره مجلسا نيابيا بالمعنى الصحيح الذى يفهم من هـذا اللفظ . بل كان فى الواقع ردءا لإسماعيل باشا من ضغط الدول . وفوق ذلك فانه تلاشى أمره وسقط العمل به مرارا فلم ينعقد فعلا فى سنة ١٨٧٣ ولا فى سنتى ١٨٧٤ و١٨٧٥ ولا من ٦ يوليه سنة ١٨٧٩ لغاية ٢٦ ديسمبر سـنة ١٨٨١ حيث اجتمع فى هـذا التاريخ للمرة الأخيرة وعرض عليه شريف باشا اللائحة التى وضعها فى آخر عهد اسماعيل مع تعديل فى مصلحة الأمة لم يرض الحزب العسكرى الذى كان يطالب باشتراك الأمة فى الحكم بقيادة احمد عرابى باشا الذى تغلب فى الحصول على تعديله بما جعله نيابيا بالمعنى الصحيح وذلك بمرسوم ٧ فبراير سنة ١٨٨٢ ، وهـذا المجلس هو المشار اليه فى الشرح ، اذ تقررت فيـه مسئولية الوزارة أمام المجلس ، وكان رأيه قاطعا فى المسائل التشريعية والمالية إذا حصل خلاف بينه و بين الحكومة عليها وأعيد اليه المشروع بعـد حله وإعادة انتخابه "نظام الادارة والقضاء لاحمد قمحه بك وعبد الفتاح السيد بك ص ٢١ — ٢٢ و١٠٩ — ١١٠" وراجع عصر اسماعيل الجزء الثانى ص ٩٩ — ١٤٥ وص ٢٣٦ — ٢٣٧ ، ٢٥٧ — ٢٦١ لعبد الرحمن الرافعى بك .

(١٨٨١/٩/٩) أرغم فيها الخديو توفيق على منحه . ثم عدل هذا النظام بعد الاحتلال واستعيض عنه بنظام مجلس شورى القوانين والجمعية العمومية بقانون أول مايو سنة ١٨٨٣ الذى كان إنشاؤه خطوة إلى الوراء بالنسبة لما كان عليه الحال فى مجلس النواب . ثم استعيض عنهما فى ١٩١٣/٧/١ بالجمعية التشريعية التى لم تلبث أن عطلت بسبب الحرب العظمى وإعلان الحماية البريطانية على مصر فى ١٩١٤/١٢/١٨ . وكان الدستور يسمى فى هذا الوقت بالقانون النظامى Loi Organique الذى كان يكتفى فيه بالنص على تكوين المجالس أو الجمعيات النيابية ويلحق به قانون الانتخاب . ولم يكن ينص فيه على شكل الحكم فى الدولة ، لأن مصر فى ذلك الوقت كانت جزءاً من تركيا من الوجهة السياسية ، وكانت سلطة الخديو وحقوقه ينظمها فرمان توليته الصادر له من الباب العالى . وهذا الفرمان كان يعتبر جزءا من النظام الدستورى المصرى اذا صحت تسميته بذلك . ولما انتهت الحرب هبت الأمة للطالبة برد حقوقها فى السيادة والحياة الدستورية ، وحصلت حوادث دموية اضطرت انجلترا معها إلى سحب الحماية وإعلان الاستقلال (تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢) إجابة لرغبة الشعور الوطنى والدستورى الذى كان يطالب بذلك ؛ واحتفظت ببعض حقوق سياسية لها هى أيضا تأثيرها فى الموقف من جهة حرية منح الدستور واسترداده وعدمها .

بند ٥١ — فبناء على رغبة الأمة إذن تقرر أن يمنح الملك الدستور ، فتكونت لجنة من ثلاثين عضوا ووضعت مشروع قانون دستورى وهو الذى صدر به الأمر الملكى المنوه عنه آنفا وأصبح بذلك قانونا وضعيا .

وقد نص فى ذلك الدستور على السلطة التى لها حق تنقيحه ، وهى مؤتمر مكون من مجلسى الشيوخ والنواب ، بالطرق والقيود المذكورة فى المادتين ١٥٦ — ١٥٧ منه . كما نص على عدم جواز التنقيح فى النصوص الخاصة بالحريات العامة وبالمساواة وبشكل الحكم النيابى . إلا أن الظروف السياسية أدت فى ١٨ يوليه سنة ١٩٢٨ الى حل البرلمان بمجلسيه (الأمر الملكى

رقم ٤٦ للسنة المذكورة) على أن يظل معطلا مدة ثلاث سنوات تتولى فيها الحكومة السلطة التشريعية بمراسيم ملكية يكون لها قوة القانون . ولكن الحياة النيابية أعيدت قبل انتهاء هذه المدة بالأمر الملكى الصادر فى ١٩٢٩/١١/١ ولم تلبث الظروف السياسية مرة أخرى أن أدت فى ١٩٣٠/١٠/٢٣ إلى تعديل الدستور نفسه بالأمر الملكى رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ ، أو بالأحرى الى صدور دستور آخر بدلا منه ، دون الالتجاء للطريقة المقررة فيه ، وهو الدستور الذى قام على أساسه البرلمان الحالى (سنة ١٩٣١) [١]

٢ — القانون الإدارى

بند ٥٢ — القانون الإدارى هو الذى ينظم المصالح الإدارية العامة ، الرئيسية والتبعية التى تتكون منها الحكومة ، أى السلطة التنفيذية . فهو يتكلم على تشكيل الوزارات المختلفة وأقسامها وتوزيع الأعمال على كل قسم منها واختصاصاتها وكيفية سير العمل فيها . ويتكلم على تشكيل الهيئات الفرعية أو التبعية التى تمثل الوزارات فى الأقاليم كالمديريات وما يتبعها من مأمورى المراكز والعمد والمشايخ ومجالس المديريات والمجالس المحلية والقروية . ويتصل بهذه المسائل البحث فيما إذا كانت سلطة الحكومة يجب أن تتركز فى يد المصالح الرئيسية فلا يتم عمل إلا تحت إشرافها وبأمر منها أو يترك للسلطات الإقليمية أو التبعية شيء من الاستقلال عن الجهات الرئيسية فى إدارة الأمور وفقا لمصلحة الإقليم وبحسب ظروفه . ويدخل فى القانون الإدارى جميع اللوائح والقوانين الخاصة بشروط تعيين وترقية وتأديب وعزل الموظفين والمستخدمين التابعين للوزارات والمصالح المختلفة ، كما يدخل فيه جميع اللوائح والقوانين الخاصة بالمطبوعات ولوائح الرى وخفر جسور النيل ولوائح الجمارك وما إليها .

بند ٥٣ — وفى بعض البلاد تحكم فى هذه المنازعات محاكم خاصة تسمى بالمحاكم الإدارية Tribunaux Administratifs كما هى الحال فى فرنسا . وفى البعض الآخر تخضع للمحاكم العادية ، كما هى الحال فى مصر وانجلترا . ومع ذلك

---

(١) فى أثناء طبع الكتاب صدر أمر ملكى رقم ٦٧ لسنة ١٩٣٤ بالغاء دستور سنة ١٩٣٠ على أن يتولى الملك السلطات المختلفة بواسطة مجلس وزرائه الى أن يوضع دستور ترضاه الأمة .

ففى مصر توجد بعض قواعد خاصة بأعمال الحكومة الإدارية التى تمس الأفراد. فمن ذلك المادة ١٥ لت ا ، ١١ لت م اللتان تقضيان بأن المحاكم ليس لها أن تؤول معنى أمر إدارى Mesure Administrative أو توقف تنفيذه كما ليس لها أن تنظر فى أعمال السلطة العامة Acte de Souveraineté . وفوق ذلك توجد بعض لجان إدارية تختص بالنظر فى مخالفات اللوائح الإدارية كلجنة خفر جسور النيل ولجنة مخالفات الرى ، و لجنة الجمارك ، ولجنة الشياخات .

بند ٥٤ — ويرى الأستاذ جودبى [1] أن نظام الامتيازات الأجنبية يعتبر جزءا من القانون الإدارى ، لأنه يعتبر قيدا على حرية جهات الإدارة فى التصرف ويشل حركتها فى كثير من الأحيان . وهذا الرأى صحيح . إلا أن الامتيازات الأجنبية متشعبة النواحى ، وأثرها الأكبر فى الناحيـة القانونية والقضائية ، وهذه تدخل فى مقرر دراسة القوانين الأخرى وعلى الخصوص القانون الدولى الخاص أو العام .

بند ٥٥ — ويلحق بالقانون الادارى كل ما يتعلق بالقانون المالى من فرض الضرائب والرسوم وتحصيلها أى جبايتها وغيرها من الموارد المالية للدولة ووجوه إنفاقها ، كما يدخل فيه أيضا القواعد الخاصة بالخدمة العسكرية والبدل العسكرى و بالجملة القانون العسكرى Military Law أو قانون القرعة العسكرية .

بند ٥٦ — ويرى الأستاذ جودبى [2] أيضا أنه لما كانت مصر دولة محتلة بقوات أجنبية عسكرية ، وهذه القوات لها رقابة فعليـة على السياسة الداخلية والخارجية ، فان درس طرق استعمال هذه الرقابة يدخل فى القانون الإدارى . وهذه ملحوظة مرة ، ولكن مرارتها تؤكد حقيقتها ، فعلى من ينشدون حرية مصر ألا يتجاهلوها .

بند ٥٧ — وأخيرا نلاحظ أنه قـد يصعب فى بعض الأحوال تعيين الحد الفاصل بين القانونين الإدارى والدستورى ، وعلى الخصوص فيما يتعلق

(١) المقدمة ص ١٨٥

(٢) المرجع السابق ص ١٨٤

بذلك الجزء من القانون الإدارى الذى ينظم المصالح الحكومية الرئيسية والتبعية . فنظام المجالس المحلية ومجالس المديريات يدرس عادة فى القانون الإدارى ، مع أنه داخل أيضا فى النظام الدستورى ، لأن هـذه المجالس هى فى الواقع هيئات تشريعية محلية أو برلمانات صغيرة يعتبر وجودها خطوة كبيرة فى تقرير اللامركزية Décentralisation فى سلطة الحكومة واستقلال كل إقليم بترقية شؤونه بنفسه .

٣ — القانون الجنائى

بند ٥٨ — القانون الجنائى هو الذى يبين الأعمال المعاقب عليها قانونا باعتبارها جرائم ، ويحدد العقوبات التى توقع على مرتكبيها . ولذلك يسمى أيضا " قانون العقوبات " Droit Pénal .

وهو غير متفق تماما على اعتباره قانونا عاما [١] . إذ من الناس من يعتبره قانونا خاصا ، نظرا لأن ضرر الجريمة يقع مباشرة على الأفراد ، ولا تتأثر منه المصلحة العامة الا من طريق غير مباشر . ولكن الغالبية على أنه قانون عام ، نظرا لأن حق الفرد فى مطاردة الجانى أو المجرم ومعاقبته على الجريمة لم يعد له أهميته إلا فى المخالفات ، حيث يجوز التصالح عليها مع مرتكبيها أما فى الجنايات أو الجنح فان السلطة العمومية هى التى تتولى العقاب وتستمر فيـه رغم تنازل المجنى عليه أو صلحه مع الجانى . وتفعل ذلك لمصلحة الأمن العام الذى يتأثر مباشرة من ارتكاب الجرائم لامن طريق غير مباشر فقط .

بند ٥٩ — والقانون الجنائى قانون محلى أى أنه يسرى على كل مايقع من الجرائم فى أرض الدولة التى صـدر فيها . ولكنه يسرى فيها على كل شخص وطنيا كان أم أجنبيا . ومع ذلك فكثير من القوانين الحديثة يجيز معاقبة الرعايا (وأحيانا غير الرعايا م ٢ — ٣ ع ا) على ما يقع منهم فى الخارج من الجرائم .

---

(١) انظر فى هـذا الموضوع ما كتبناه فى كتابنا الدولى الخاص المصرى والمقارن جزء ١ ص ٥٩ — ٦٠ وهولند ص ٣٧٣ — ٣٧٥ وسالموند ص ٧٢ — ٧٥

وقد اتجهت نزعة العلماء أخيرا الى حصر كل المسائل الجنائية التى يوجد فيها عنصر أجنبي وجعلها موضوعا لدراسة مستقلة باسم القانون الدولى الجنائى Droit Pénal International

بند ٦٠ — وقواعد القانون الجنائى بعضها يتكون من أحكام عامة تتعلق مثلا بالنص على عدم سريانه على المـاضى، وعدم جواز العقاب على عمل لم ينص على العقاب عليه، وتقسيم الجرائم الى جنايات وجنح ومخالفات ؛ وبيان نوع العقوبات الأصلية التى توقع على كل منها، والعقوبات التبعية؛ والظروف المخففة للعقوبة والمشددة لها، وموانع العقاب، والعفو عن الجريمة أو عن العقـاب . والبعض الآخر يختص ببيان الأعمـال المعتبرة جرائم كالجنايات الواقعة ضد الحكومة وأموالها أو ضد الأفراد وأموالهم والجنح والمخالفات المذكورة فى القانون وعقاب كل منها .

وقد كان العقاب فى الزمن القديم يقصد به الانتقام الشخصى من المجرم، وكان فى كثير من الأحيان يترك أمره للمجنى عليه ويمكنه أن يتصالح مع الجانى مقابل دية . أما الآن فقد أصبح من حق الحكومة أن توقعه بقصد الردع . وفى الوقت الحاضر كثيرا ما يقصد بالعقوبة الإصلاح . وتحت تأثير هذه الفكرة الأخيرة ظهرت إصلاحيات الأحداث ومحاكمهم وإصلاحيات الرجال، واليها أيضا ينسب الى حد كبير إلغاء عقوبة الإعدام فى بعض الممالك .

٤ — قانون تحقيق الجنايات

بند ٦١ — هذا القانون يلحق بالقانون الجنائى ويتممه، لأنه يبين الهيئات المختصة بتحقيق ما يقع من الجرائم والمحاكم المختصة بتوقيع العقوبة عليها . والتحقيق الجنائى يحصل بواسطة هيئة عامة تسمى النيابة العمومية

Parquet التى لها أن تحفظ الدعوى ضد المتهم إذا لم تجد الأدلة كافية أو لم تجد فى الواقعة المنسوبة اليه جريمة أو أن نسبتها اليه غير صحيحة ، كما أن لها أن تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة وتطلب عقابه اذا توافرت لديها أدلة الاتهام . وقد تطلب النيابة حصول التحقيق فى بعض الأحوال بمعرفة قاض منتدب يسمى قاضى التحقيق[1] (٥٧ ع ا) Juge d'instruction . وفى المختلط يتولى التحقيق عادة قاضى التحقيق ، إلا أن النيابة لها أن تتولاه فى أحوال التلبس بالجريمة (ع م الفصل الأول) .

ويساعد النيابة ، سواء فى الأهلى أو فى المختلط ، فى تحقيقاتها رجال من البوليس والإدارة يعملون لجمع المعلومات عن الجريمة تحت إشرافها ويسمون الضبطية القضائية Police Judiciaire ، كوكلاء المديريات والمحافظين (وفى المختلط المديرين والمحافظين أيضا) وحكمدارى البوليس ومأمورى المراكز ومعاونى البوليس والإدارة وبعض موظفين آخرين تخوّل لهم هذه الصفة بمقتضى دكريتو بالنسبة للجرائم التى تقع فى جهات معينة ، كمفتشى صحراء ليبيا والبحر الأحمر بمصلحة خفر السواحل ، أو بالنسبة للجرائم التى تتعلق بوظائفهم فقط ، كرجال الجمارك بالنسبة لما يقع من المخالفات للوائح الجمارك ومهندسى التنظيم فى البلديات بالنسبة لما يقع من المخالفات للوائح التنظيم وهكذا .

---

(١) انظر فى التحقيق بمعرفة قاضى التحقيق أحمد نشأت بك شرح تحقيق الجنايات جزء ١ ص ١٦٩

فروع القانون الخاص الوطنى

١ — القانون المدنى

بند ٦٢ — القانون المدنى هو الذى ينظم العلاقات المدنية العادية بين الأفراد . وهو فى الواقع يشمل أيضا العلاقات التجارية ، والتجارية البحرية ، إذ لا يوجد سبب معقول للتفريق بين المعاملات التجارية والمدنية و إفراد قانون خاص لكل منها على حدة ومع ذلك فلأسباب تاريخية استقلت التجارة البرية والبحرية بقواعد خاصة وأصبح لكل منها قانون خاص تعتبر قواعده استثناء من قواعد القانون المدنى التى تعتبر قواعد عامة بالنسبة لها ، أى أنها تطبق على عموم المعاملات سواء أكانت مدنية أم تجارية ما لم يرد فى القانون التجارى نص خاص بها .

بند ٦٣ — وقواعد القانون المدنى تتعلق بالأشياء الآتية :

أولا — القواعد الخاصة بالأشخاص . وكان الرومان[1] و بعض البلاد يطلقون عليها اسم قانون الأشخاص ، أو قانون العائلة ، و يعتبرونها قسما قائما بذاته من أقسام القانون . وهى تشمل الأحوال الشخصية كالأهلية والزواج والطلاق والميراث سواء أكان خاليا من الوصية أم لا .

ثانيا — القواعد الخاصة بالأشياء ، وكانوا يجعلونها قسما خاصا يسمى قانون الأشياء و يشمل قانون الأموال الذى يتكلم عن أنواع المال والملكية والحقوق العينية وطرق اكتسابها وقانون الالتزامات و يشمل الكلام على الديون والعقود المختلفة .

---

(١) وقد ذهب أوستن فى تقسيم القانون على العموم هذا المذهب فقسمه مبدئيا الى قسمين أساسين أحدهما قانون الأشخاص والثانى قانون الأشياء . واعتبر القانون العام فرعا عن قانون الأشخاص .

وقد جرت فرنسا على هذا المنوال تقريبا ، فالقانون المدنى الفرنسى يتكلم أولا عن الأشخاص Des Personnes وثانيا عن الأموال Des biens وثالثا عن الميراث والالتزامات Des successions et des obligations .

بند ٦٤ — أما فى مصر فان المجموعة المسماة بالقانون المدنى لم تتكلم إلا على الأشياء فقط ، إذ أنها ذكرت فى الكتاب الأول الأموال والملكية والحقوق العينية ، وفى الكتاب الثانى الالتزامات أو العقود على العموم ، وفى الكتاب الثالث العقود المعينة كالبيع والإيجار والشركة والكفالة والقرض والصلح ، وفى الكتاب الرابع تكلمت عن حقوق الدائنين المرتهنين رهن حيازة أو رهن تأمينى وحق الامتياز والحبس و إثبات الحقوق العينية والتسجيل .

والسبب فى أنها لم تذكر شيئا عن الأشخاص والأحوال الشخصية هو أن هذه فى مصر لا تزال خاضعة لقواعد دينية تختلف باختلاف الطوائف فتركت ليرجع اليها كل فى الديانة التى هو تابع لها . ولكن ذلك لا يمنعنا من القول باعتبارها جزءا لا يتجزأ من القانون المدنى، لأن عدم إدراجها بين دفتى كتاب أو مجموعة القانون المدنى مسألة شكلية لا أثر لها فيما ذكرنا (بند ٤٣ حاشية ١ آنفا) .

٢ — القانونان التجاري والتجارى البحرى

بند ٦٥ — كلاهما ، كما قدمنا ، قانون استثنائى من القانون المدنى . والأول يتعلق بأصول التجارة البرية و يبين القواعد التى تحكم الأعمال التجارية ومعاملات التجار فيما بينهم بخصوص تجارتهم ، و يشمل أيضا إجراءات إفلاس التاجر إذا لم يف بديونه فى ميعاد استحقاقها ، وهى إجراءات تختلف عن إجراءات التنفيذ العادية على المدين المعسر ، نظرا لما تتطلبه التجارة من السرعة والدقة والشدة. وكان الأولى أن يكون النص على هذه الإجراءات فى قوانين المرافعات المدنية والتجارية لا فى قانون التجارة الموضوعى .

بند ٦٦ — أما القانون التجارى البحرى فهو الذى يبين أحكام التجارة البحرية وما يتعلق بهـا كانشاء السفن وبيعها وتأجيرها للنقل ، والتأمين عليها وواجبات صاحب السفينة وربانها ومستأجرها والقروض والخسائر البحرية .

٣ — قانون المرافعات المدنية والتجارية

بند ٦٧ — هذا القانون يلحق بالقوانين المدنية والتجارية ويتممها لأنه خاص بالدعوى التى هى مكنة الحق ووسيلة الحصول عليه ، أو بعبارة أخرى ، لأنه يصف الإجراءات التى يجب اتباعها فى المطالبة بالحقوق المنصوص عليها فى القوانين المدنية والتجارية .

والقواعد التى يشتمل عليها قانون المرافعات تنقسم الى قسمين : أحدهما يتعلق بالاختصاص أى بتوزيع السلطة القضائية التى تملكها الدولة على المحاكم المختلفة التابعة لها سواء بحسب قيمة الدعوى ، أى نصابها ، أو بحسب نوعها ، أو بحسب مركز المحكمة . والآخر خاص ببيان الإجراءات التى تتبع فى رفع الدعوى للمحكمة المختصة بالنظر والفصل فيها وكيفية السير فيها من وقت رفعها إلى تنفيذ الحكم الصادر فيهـا تنفيذا نهائيا . ومن القواعد الأساسية فى المرافعات أن القضاء على الغائب لا يجوز . وليس الغائب من تخلف عن حضور المرافعة ، ولكنه من لم يعلن بالدعوى سواء فى شخصه ، أو فى محله ، أو فى النيابة إذا لم يعرف له محل . ومنها أن القاضى لا يجوز له أن يقضى بعلمه فى الدعوى (بند ٧٩ فيما يلى) ، ولا أن يقضى فيما لم يطلب منه . ومنهـا أن إعلان الدعوى وكافة الأوراق القضائية يجب أن يحصل على يد محضر ، كما أن التنفيذ لا يكون إلا بواسطته وبعـد إعلان السند أو الحكم المراد تنفيذه والتنبيه على المدين بالدفع ، بشرط أن يكون السند أو الحكم مذيلا بصيغة التنفيذ ، وهى جملة ذكرها المشرع بالنص فى المـادة ١١٩/٣٠ لت أ م وتشـتمل على أمر من الملك للمحضرين ورجال النيـابة والبوليس والجيش بالمبادرة الى إجراء التنفيذ المطلوب وباسـتعمال القوة الجبرية فى ذلك متى

طلبت منهم المساعدة والمعاونة بصفة قانونية . ويلاحظ أن قانون المرافعات المدنية يعتبر قانونا عاما بالنسبة لنظيره فى المواد الجنائية ، أى بالنسبة لقانون تحقيق الجنايات . ولذلك تسرى قواعد المرافعات المدنية العامة على لدعاوى الجنائية إذا لم يكن هناك نص خاص بشأنها فى قانون تحقيق الجنايات .

ويلاحظ أخيرا أن تعدد الهيئات القضائية فى مصر الى أهلية ومختلطة وشرعية وحسبية وملية وقنصلية أوجد مجالا جديدا فى دراسة قانون المرافعات فى مصر ، إذ يجب حتما أن يدرس فيه النظام القضائى المصرى لمعرفة حدود ووظائف كل هيئة من الهيآت القضائية المذكورة وكيفية تشكيلها واختصاصها وحل المنازعات التى تقع بينها على الاختصاص [1] .

فروع القانون الدولى العام

القانون الدولى العام

بند ٦٨ — القانون الدولى العام هو الذى ينظم علاقات الدول وقت السلم والحرب والحياد ، ولذلك تنقسم قواعده الى ثلاثة أقسام : قسم ينظم علاقات الدول فى السلم ويبحث فى صفة القانون الدولى وهل هو قانون بمعنى الكلمة ، وفى تاريخه أى منشئه وتطوره . ويدخل فى هذا الباب أيضا الكلام على عصبة الأمم والهيآت القضائية أو التحكيمية التى أنشئت بعدها تكميلا للنظام الدولى الذى يراد به تخليص العالم من ويلات الحروب ، كمحكمة العدل الدولية ، وكذلك تلك التى أنشئت قبلها لهذا الغرض كمحكمة

---

(١) وقد أنصف واضع برنامج القانون فى مدرسة التجارة اذ أدمج فيه دراسة النظام القضائى بالإيجاز ، ولذلك نكتفى هنا بتلك الإشارة اليه ونحيل الطالب فى التفصيل على ما نشرحه منه بعد الانتهاء من شرح أجزاء المقدمة .

التحكيم الدولية . ويدخل فيه أيضا بيان القواعد الخاصة بكيفية تكوين الدول وفنائها ، وكيفية اكتساب أملاك الدولة سواء بالفتح أو بالضم أو بوضع اليد أو بالتنازل ، وعمل المعاهدات ، وحقوق الدولة كحق التمثيل السياسى والقنصلى ، وطرق التخاطب بين الدول ، و إبرام المعاهدات .

وقسم ثان يشمل الكلام على قواعد الحرب مثل إعلانها وبدئها وحقوق المحاربين وواجباتهم وكيفية معاملة الأسرى والجرحى ونوع الأسلحة التى يجوز استعمالها والتى لا يجوز .

وقسم ثالث يشمل الكلام على الحياد ، وهو حالة الدولة التى لا تنضم لأحد الفريقين فى الحرب . وفيه يذكر واجبات وحقوق الدول المحايدة قبل المحاربين ، وعلى الخصوص فى حالة الحصار والمهربات الحربية ، وهى عبارة عن المواد والبضائع التى لا يجوز للدولة أو رعاياها أن تبعث بها لأحد المتحاربين .

بند ٦٩ — وقد رأينا فيما مضى أن أوستن لا يعترف للقانون الدولى العام بأنه قانون ، وذلك لعدم وجود سلطة عليا تفرض قواعده على الدول وتنفذها فيها . وقد تغيرت الحال كثيرا بعد أوستن ووجدت بعض نظم خطت بالقانون الدولى العام خطوات واسعة فى سبيل اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، كعصبة الأمم ومحكمة العدل ومحكمة التحكيم وميثاق بريان — كيلوج . ولذلك يمكن وصفه بأنه قانون فى دور التكوين يرتكز على العادات وشعور الدول المشترك ، و إن كان هذا الشعور فى الواقع لا ضابط له . وجزء كبير منه يرجع إلى اتفاقات عامة أو خاصة بين الدول كتصريح باريس سنة ١٨٥٦ وتصريح لندن سنة ١٩٠٩

بند ٧٠ — هل للقانون الدولى العام فروع ؟ للآن يدرس القانون الدولى العام كأنه علم واحد . ولكن تحت تأثير النشاط الفكرى الدولى نرى الساسة والكتاب يميزون بين المسائل الإدارية والمالية الدولية والمسائل

الجنائيـة الدولية[1] ويجعلون من كل منهما قسما خاصا من أقسام القانون الدولى ، كما هو الحال فى القانون الوطنى العام . وقـد يكون عهد عصبة الأمم ومحكمتى العدل والتحكيم الدوليتين نواة لما يمكن أن نسميه فى المستقبل " القانون الدستورى الدولى " فيكون هناك قانون دولى دستورى ، وقانون دولى إدارى ومالى ، وقانون دولى جنائى ، كما هو الحال فى القانون الوطنى العام .

فروع القانون الدولى الخاص

القانون الدولى الخاص

بند ٧١ — القانون الدولى الخاص هو الذى يحكم علاقات الأفراد التى فيها عنصر أجنبى . وقـد كان للآن يعتبر جزءا من القانون المدنى العادى فى نظر البعض ، وذلك لكونه يحكم العلاقات الخاصة فقط . وهو فى نظر البعض الآخر يعتبر جزءا ثانيا للقانون الدولى ويقابل الدولى العام . ومع ذلك فتحت تأثير النشاط العلمى الحديث لا يبعد أن نرى القانون الدولى الخاص عبارة عن مجموعة قوانين قابلة للتقسيم فرعيا كالقانون الوطنى الخـاص الى دولى خاص مـدنى ، ودولى خاص تجارى ، وهكذا . وقد ظهر بالفـعل أثر ذلك التخصيص فى مجهودات الكتّاب الحديثين وأعمال المعاهد الدولية[2] .

بند ٧٢ — وبصرف النظر عن هـــذه الحركة الناشئة فان موضوع القانون الدولى الخاص ينقسم الى قسمين : قسم يتعلق بالاختصاص الدولى

(١) انظر بتفصيل أكبر ما ذكرناه بهذه المناسبة فى كتابنا القـانون الدولى الخاص جزء ١ ص ٦١ حاشية ٢٧٠ . وراجع مجموعة محاضرات المعهد الدولى بلاهاى .

(٢) راجع الحاشية السابقة

والمرافعات وإجراءات التنفيذ من الوجهة الدولية ، فيبين متى تختص محاكم القطر المصرى دون غيرها من الأقطار بنظر الدعوى التى فيها عنصر أجنبى وما هى الإجراءات التى تتبع فى رفع الدعوى والمرافعة والمدافعة فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة فيها والصادرة من محاكم دولة أخرى . فمثلا يبحث فيما إذا كانت المحاكم المصرية أو الفرنسية هى المختصة بنظر نزاع على عقد حاصل بين فرنسى ومصرى فى ألمانيا ، أو بين مصريين فى فرنسا ، أو بين انجليزيين فى مصر . ويبحث فى هل يمكن تنفيــذ الحكم الصادر من المحاكم الفرنسية أو الألمانية أو الانجليزية فى مصر أو من المحاكم المصرية فى الخارج .

والقسم الثانى يبحث عن القانون الذى يجب على المحكمة أن تحكم به فى الدعوى التى فيها عنصر أجنبى . فمثلا إذا رفعت الدعوى فى أحد الأمثلة السابقة أمام محكمة مصرية فهل تحكم فيها بمقتضى القانون المصرى أم بمقتضى قانون بلد آخر ؟ ويمكن القول بالإجمال إن مسائل الأحوال الشخصية فى مصر يحكم فيها بمقتضى قانون جنسية الشخص المنظور فى أمره إن كان أجنبيا أو بحسب قانون ملته أو ديانته إن كان مصريا . وفى بعض البلاد كانجلترا وأمريكا يحكم فيها بحسب قانون موطنه . أما فى المسائل العينية فيحكم فيها بقانون الجهة الواقع فيها المال المتنازع عليه أو بمقتضى قانون العقد إن كان عقدا .

بند ٧٣ — ولما كانت الجنسية والدين والموطن تحــدد القانون الواجب الحكم به ، فلذلك تدخل دراستها فى موضوع الدولى الخاص لمعرفة كيفية إثبات وفقد كل منها وآثاره . وكذلك يدخل فى موضوعه حقوق الأجانب .

الفصل الثالث

تطبيق القانون أو سريانه .APPLICATION DES LOIS

بند ٧٤ — نتكلم فى تطبيق القانون على مسائل ثلاث وهى :

(١) عموميات عن تطبيق القانون .

(٢) تطبيق القانون من وجهة الزمان .

(٣) تطبيقه من وجهة المكان والأشخاص .

١ — عموميات عن تطبيق القانون

بند ٧٥ — تطبيق القانون منوط بالمحاكم : وهذا تقتضيه نظرية فصل السلطات . فليس إذن للسلطة التشريعية حق الحكم فى المنازعات التى تقع سواء بين الحكومة والأفراد أو بين الأفراد فيما بينهم . وليس للحكومة ذلك أيضا ، لأن مهمة الأولى مقصورة على وضع التشريع اللازم، ومهمة الثانية مقصورة على تنفيذ القوانين واللوائح والمساعدة على إرغام الخصوم على احترام الأحكام الصادرة فى الدعاوى الخاصة بهم.إذا صادف قلم المحضرين التابع للمحاكم مقاومة فى تنفيذها .

بند٧٦ — المحاكم والقوانين غير الدستورية : وقد تخرج السلطة التشريعية عن الحدود المرسومة لها فى التشريع ، إذ قد تصدر قانونا لا تتبع فيه الإجراءات الدستورية المقررة ، فيقال إذن عن القانون إنه غير دستورى ؛ وفى هذه الحالة يصح التساؤل عما اذا كانت المحاكم ملزمة بتطبيق مثل هذا القانون. لانزاع فى أن القانون اذا لم يحز فى ظاهره الشكل الدستورى لايمكن للمحاكم تطبيقه ، لأن الشكل هو الدليل القاطع على صدوره من السلطة التى

تملكه . فلو صدر قانون من الملك وحده أو من رئيس الوزارة فانه لايكون قانونا ، ولا يجوز للحاكم أن تنظر فيه أو تطبقه ، ولو حكمت بمقتضاه كان حكمها باطلا . كذلك لو صدر من أحد المجلسين النيابيين أو من كليهما معا قانون ولم يصدق عليه الملك فانه ينقصه ركن مهم ليكون قانونا : ينقصه تصديق الملك عليه بالطرق الدستورية . وكذلك لوصدر قانون بتعديل إحدى مواد القوانين المختلطة دون موافقة الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة أو لو عدلت مادة فى لائحة ترتيبها دون موافقة الدول فان المحاكم المختلطة لاتطبق التعديل ولا تنظر اليه (١٢ م م) .

بند ٧٧ — ولكن الصعوبة ليست فى هذه الأحوال الظاهرة ، إنما الصعوبة فى أحوال كالآتية :

مثلا حالة صدور قانون بالشكل الدستورى ولكنه مخالف لقاعدة أساسية من القواعد الدستورية التى لاتصح مخالفتها ، وحالة صدوره ممن لا يملك حق إصداره فى الظروف التى صدر فيها . فلو صدر من البرلمان بموافقة الملك قانون يقضى بتقييد حرية العقيدة ويوجب على كل شخص اتباع دين معين ، أو بتقييد حرية الرأى ويوجب على كل شخص اتباع حزب معين ، أو بالغاء امتياز حرمة المسكن أو الإعفاء من الضرائب بالنسبة للأجانب أو بالعدول عن نظام الحكم النيابى فى مصر ، أو بتغيير نظام وراثة العرش أثناء الوصاية على الملك (المواد ١٥٦، ١٥٧ دق ، ١٦٣ ، ١٤٥ د ج) ، ولو صدر القانون ممن يملكه بالشكل الدستورى أيضا ولكن بدون أن تتوافر فيه الشروط التى يتطلبها الدستور ، كما هو الحال فى المادة ٤١ دق التى تقضى بأن للملك فيما بين أدوار انعقاد البرلمان وعند ما تدعو الضرورة فى الأحوال المستعجلة أن يصدر القوانين اللازمة بمراسيم يكون لها قوة القانون ويعمل بها إلى أن يجتمع البرلمان ليقرها فتصبح نهائية أو يلغيها فيزول مالها من قوة النفاذ — فاذا صدر مرسوم بقانون فى هذه الفترة لم تدع اليه ضرورة ، وكذلك إذا صدر فى أثناء حل البرلمان أو تعطيله — فهنا يصح التساؤل عما اذا كان يجوز للحاكم الأخذ به أو تطبيقه .

المسألة مختلف عليها : ففى بعض البلاد كالولايات المتحدة تحكم محكمة الاتحاد العليا ببطلان القوانين غير الدستورية . ويرى كثير من الكتاب أن هذا نتيجة الغلو فى تطبيق مبدأ فصل السلطات Principe de Séparation des Pouvoirs ، والواقع أن سلطان القانون الدستورى فى الولايات المتحدة فوق سلطان المشرع العادى ، إذ لا يملك هذا تغييره بحال ، لأنه يستمد سلطته منه . وعلى هذا المبدأ تسير أيضا محكمة النقض الرومانية[١] . .

أما فى انجلترا فالبرلمان الانجليزى ، كما يقولون هناك ، قادر على كل شىء إلا جعل المرأة رجلا أو الرجل امرأة ، أى أن سلطان البرلمان الانجليزى (المشرع) فوق سلطان الدستور نفسه[٢] ولذلك تتقيد المحاكم بما يصدره البرلمان من القوانين ولو كانت معدلة لقواعد الدستور .

ويذهب القضاء فى فرنسا أيضا الى أن المحاكم ليس لها أن تنظر فى دستورية القوانين مادامت جائزة للشكل الدستورى . ويتبعها فى ذلك المقلدون من الكتاب[٣] . أما المجددون الذين يتقدمون النهضات القانونية مثل لامبير[٤] ودوجى وبارتليمى[٥] وهوريو فيرون أن من واجب المحاكم رفض العمل بالقوانين غير الدستورية حماية لمصالح الأفراد من عسف الدولة بحرياتهم[٦] . بل إن منهم من يذهب إلى أبعد من ذلك ويرى أن تمتنع المحاكم عن تنفيذ أى قانون تعتبر تنفيذه خطرا على حياة الدولة[٧] .

---

(١) حكمها منشور فى دالوز ١٩١٢/٢/٢٠ وانظر دوجى دروس القانون العام ص ٢٩٠

(٢) دوجى المشار اليه آنفا ٢٨٤

(٣) بلانيول جزء ١ ص ٧١ بند ٥٦ لارنود فى المجلة السياسية البرلمانية ١٠ فى ٢ فى ١٩٢٦ ص ٢٨١

(٤) Gouvernement des Juges .

(٥) مقالة فى حدود السلطة التشريعية فى المجلة السياسية البرلمانية فى ١٠ فى ١٩٢٥ ص ٣٥٥

(٦) مقالة هوريو فى Sirey سنة ١٩٠٩ — ٣ ص ١٤٥ وسنة ١٩١٣ — ٣ ص ١٣٧

(٧) هوريو الموضع المشار اليه فى الهامش السابق ويرى الأستاذ ديبوا ريشارد لزوم مراقبة الدولة والبرلمان فى التشريع لئلا يتجاوزا الحدود . ولكنه لا يعطى هذه الرقابة للمحاكم — انظر كتابه التنظيم الفنى للدولة .

أما فى مصر فيرى الأستاذ دوجى العميد [1] الأول لكلية الحقوق أن المحاكم المصرية يجب عليها إبطال القوانين غير الدستورية وعدم العمل بها. ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الأهلية الى ماذهب اليه القضاء فى فرنسا. ولا شك أنها تتبع قاعدة مقضيا عليها بالاضمحلال ، ويترتب عليها أن يكون قضاؤها فى واد وقضاء المحاكم المختلطة فى واد آخر ، لأن هذه تمتنع دائما عن تطبيق أى قانون لم توافق عليه هى أو لم توافق عليه الدول ، حسب الأحوال ، لعدم دستوريته . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان الدستور نفسه نص فى مواطن عدة على ما يستفاد منه أن الدستور فوق الدولة وفوق الحكومة والبرلمان . وما دام الأمر كذلك فلمن تكون الرقابة اللازمة لحماية الدستور إن لم تكن للمحاكم ؟

بند ٧٨ — العلم بالقانون — المحاكم مكلفة بأن تعلم بالقانون ، فليس لها أن تطالب أصحاب الدعاوى باثبات وجوده ، إلا ، على رأى مرجوح فى نظرنا [2] ، إذا كان القانون قانونا أجنبيا يراد تطبيقه فى دعوى فيها عنصر أجنبى .

وقد يقول قائل إن المحكمة ليست مكلفة إلا بتطبيق قانون البلد الذى تجلس فيه والتابعة هى له ، وإن المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية توجب على القاضى أن يحكم بالقوانين المصرية . والرد على ذلك أن القانون المصرى نفسه يوجب على القاضى أن يحكم بقانون جنسية الأجنبى فى بعض الأحوال (المواد ٧٧ ، ٧٨ ، ١٩٠ مم) . فوجب إذاً أن يكون الغرض أن المحاكم تحكم بما يقضى به القانون المصرى ، حتى ولو كان يقضى بتطبيق قانون أجنبى .

وكما أن القاضى مكلف بالعلم بالقانون وليس له أن يدعى جهله ، كذلك لا يقبل من الناس الاعتذار بجهل القانون . ويقول علماء الشريعة الإسلامية فى ذلك (الجهل بالأحكام ليس بعذر فى دار الإسلام) .

---

(١) دوجى ص ٢٩٣

(٢) كتابنا الموجز فى القانون الدولى الخاص ص ٢٠٥ بند ١٥٥ وما بعدها

بند ٧٩ — العلم بالوقائع — ولكن إذا كان القاضى مكلفا بالعلم بالقانون وتطبيقه فالأمر على عكس ذلك فى الوقائع المطروحة أمامه للفصل فيها ، فانه لا يفترض فيه العلم بها ، وإلا لكان مكلفا بمعرفة جميع أحوال الناس ووقائعهم ، بل إن القاضى إذا علم بها من طريق المصادفة والاتفاق فيجب عليه عند الحكم فى الدعوى أن يتجاهلها . ومصلحة التقاضى توجب تجاهله لها وعدم تأثره فى حكمه بما يعلمه شخصيا عنها . وإنما يقضى فقط فيما يبينه له الخصوم منها حتى ولو خالفت علمه الشخصى بها . وفى ذلك يقول الانجليز Judges should keep themselves wisely ignorant of facts . ولكن من الوقائع ما يشتهر ويستفيض حتى يبلغ حد التواتر ، ففى هذه الحالة يصح للقاضى أن يحكم بمقتضى علمه فيها ، لأن ما يعلمه هو فيها يعلمه كل الناس ولأن الوقائع تكون ثابتة بالشهرة العامة ، فلا تحتاج إلى دليل آخر إلا على عكسها .

بند ٨٠ — تطبيق القوانين المتعلقة بالنظام العام والقوانين الاختيارية : القاضى ملزم بتطبيق القانون على جميع الناس على حد سواء ، لافرق فيهم بين كبير وصغير ، غنى وفقير ، فى جميع الظروف والأحوال . وليس له أن يسترشد فى تطبيقه بغير العدل ووحى الضمير ، فلا يقبل شفاعة أو رجاء ولا يأتمر بأمر ولا ينثنى لوعيد من جانب أصدقائه أو رؤسائه . وهو مكلف بتطبيق القانون سواء أقبل الخصوم أم لم يقبلوا ، كما هو مكلف بابطال كل عمل يقع مخالفا لنصوصه ، لأن القانون إنما يوضع ليطاع والحكمة تقتضى وضعه ، ولم يوضع عبثا ورياء ولا تظاهرا بأن لنا قوانين ونظما نهتدى بها فى الحياة . ولكننا رأينا عند تقسيم القوانين أن منها ما هو إلزامى يجب على الناس اتباعه حتما ، وهى قوانين النظام العام ، ومنها ما وضع تكميلا لرغباتهم وليحل محلها إذا لم يظهروها ، وتلك هى القوانين الاختيارية التى يجوز للناس أن يتفقوا ويتعاملوا فيما بينهم على خلافها .

فالقاضى عند تطبيقه القوانين يجب أن يفرق بين هذين النوعين : فلا يطبق القواعد أو الأحكام القانونية الاختيارية إذا اتفق الخصوم على

غيرها ، بل يحكم بينهم بمقتضى شروطهم واتفاقهم . ومن الأصول الشرعية فى الإسلام : قولهم (الشرط أملك عليك أم لك) وقولهم (المسلمون عند شروطهم) . وبالعكس يجب أن يطبق القواعد القانونية الإلزامية ويقضى ببطلان كل اتفاق يخالفها ولا يسمع دعوى بشأنه . والقواعد الإلزامية هى القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب (المادة ٢٨ لت ا) .

ومن الأمثلة على القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد التى تحمى النظام السياسى والإدارى والقضائى والاجتماعى فى الدولة ، فلا يصح مثلا الاتفاق على قلب نظام الدولة بالقوة ، أو على تهريب شىء تنهى عن تهريبه لائحة الجمارك ، أو على بيع الأموال الأميرية العامة ، أو على عدم اختصاص المحاكم المختلطة بنظر دعوى أجنبى على وطنى ، أو المحاكم الأهلية بنظر دعوى وطنى على وطنى ، أو على اختصاص المحاكم الأهلية بنظر دعوى أجنبى على وطنى ، أو على تغيير قواعد الميراث ، أو على صحة الوصية بأكثر من الثلث ، أو زواج رجل بخمس نسوة ، أو امرأة برجلين فى آن واحد . ومن الأمثلة على مخالفة الآداب العامة السمسرة فى الزواج (الخاطبة) ولعب القمار .

والضابط فى معرفة الأعمال المخالفة للنظام العام هو القانون ، والضابط فى معرفة الأعمال المخالفة للآداب هو الاتفاق الضمنى أو الشعور العام السائد فى الأوساط الاجتماعية بشأنها .

٢ — حدود تطبيق القانون من حيث الزمان

عدم سريان القوانين على الماضى[1]

NON RÉTROACTIVITÉ DES LOIS

بند ٨١ — القاعدة أن القانون لا يسرى مفعوله ، أى لا يطبق ، إلا على الحوادث التى تقع بعد تاريخ نفاذه . والقانون يعتبر نافذا بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ، إلا إذا نص فيه على تأجيل نفاذه إلى

(١) راجع بلانيول جزء ١ ص ٩٦ بند ٢٤١ وما بعدها — وكابيتان جزء ١ ص ٤٧ وما بعدها — وانظر فارى سوميير فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٢٤٢ وما بعدها .

أكثر أو أقل من تلك المدة (أربعة شهور مثلا كما حصل عند إصدار قانون المجالس الحسبية الصادر فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥) ، أو على جعله نافذا من تاريخ نشره .

وهذه القاعدة معروفة عند الفقهاء بقاعدة عدم سريان القانون على الماضى وقد تكون تسميتها بقاعدة عدم استناد القوانين أقرب إلى اصطلاح الفقه الشرعى الصحيح . وقاعدة عدم استناد القانون من الأهمية بمكان ، لأن الناس يرتبون أعمالهم طبقا للقوانين المعمول بها وقت تعاملهم . فلو جعل للقانون تأثير على ما سبق نفاذه من الأعمال لكان فى ذلك مفاجأة للناس ، إذ يصبحون وقد رأوا ما أعتقدوه حقا لهم بحسب القانون السارى وقت التعامل غير حق بحسب القانون الجديد ، أو يصبح الشخص فيجد نفسه معرضا للعقاب بحسب القانون الجديد بسبب عمل وقع منه وكان يعتقده مباحا بحسب القانون السارى وقت وقوعه . وهذا ما يؤدى إلى عدم اطمئنان الناس على حقوقهم وحرياتهم ، ويسلب الحياة الاجتماعية نظامها واطرادها ويجعل حدود تصرف الإنسان فى ماله ونفسه غير معروفة .

لذلك اعتبرت هذه القاعدة من أهم القواعد القانونية . ونص عليها فى اللوائح الأساسية والقوانين الدستورية إيذانا بأهميتها ، فقد قررتها المادة ٣ / ٤٠ ل ت ا م والمادة ٢ م م ونص عليها الدستور المصرى فى المادة ٢٧ منه إذ قرر بأنه « لا تجرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله مالم ينص على ذلك بنص خاص » . ومن هذا نأخذ أن عدم استناد القانون هو القاعدة ، واستناده استثناء من القاعدة لا يجوز إلا بنص صريح .

بند ٨٢ — تطبيق قاعدة عدم الاستناد — الغرض من هذه القاعدة كما تقدم هو إيجاد الطمأنينة فى المعاملات أو ، كما يقول الكتاب عادة ، هو احترام الحق المكتسب Respect du droit acquis بطريقة قانونية أى بصفة شرعية . وعلى ذلك فكل قانون يترتب عليه ضياع حق مكتسب لشخص بناء على تصرف حصل منه فى الماضى ، أى قبل صدور هذا القانون ،

يعتبر قانونا مستندا ولا يسرى حكمه على ماسبقه من التصرفات ، ما لم يكن منصوصا فيه على أن حكمه يسرى عليها ، والحق المكتسب هو الحق المترتب لشخص قبل شخص آخر بناء على واقعة حصلت قبل صدور القانون الجديد[1] ، بشرط أن يكون اكتسابه صحيحا طبقا للقانون القديم. مثلا أوصى ب الى ج بثلث ماله فى وقت كان القانون يبيح فيه الوصية بثلث المال ، ثم مات ب وأخذ ج المال الموصى به ، ثم صدر قانون يقضى بعدم جواز الوصية أصلا أو بعدم جوازها الا فى ربع مال الموصى . فهذا القانون لا يستند أى لا يسرى حكمه على وصية ب الى ج الذى له أن يحتفظ بما أخذه على سبيل الوصية قبل صدور هذا القانون . كذلك لو مات ب بدون وصية وتقاسم ابنه و بنته التركة بحق الثلث لها والثلثين له لعدم وجود وارث له غيرهما ، ثم صدر قانون يقضى بجعل حق البنت فى الميراث كحق الولد ، فان البنت لا يمكنها أن تستند على هذا القانون لتطالب الابن بأن يعطيها فرق النصف من الثلث فى التركة ، لأن هذا القانون لا يستند. كذلك لو باع شخص لآخر شيئا وسلمه له ، ثم صدر قانون يقضى بعدم انتقال الملكية بمجرد البيع واشترط لنقلها تسجيل عقد البيع ، فان هذا القانون لا يسرى الا على البيوع التى تحصل بعد نفاذه (قانون التسجيل رقم ٤٨ أهلى ، ١٩ مختلط الصادر سنة ١٩٢٣) .

ولهذه القاعدة أهمية خاصة فى مسائل العقوبات . فلو صدر قانون يقضى بالعقاب على مجرد الاتفاق الجنائى ، فان هذا القانون لا يسرى الا على الاتفاقات الجنائية التى تقع بعد صدور هذا القانون ، ولا يسرى على ماحصل منها قبله (٤٧ ع م الصادر بها قانون نمرة ٢٧ لسنة ١٩١٠) .

بند ٨٣ — الحق المكتسب والأمل : بما أن مبنى قاعدة عدم استناد القانون هو إقرار الحق المكتسب ، فيترتب على ذلك أنه اذا لم يوجد حق مكتسب بل مجرد أمل Simple Expectative فان القانون الجديد يسرى رغم

(١) انظر فاربى سوميير فى المجلة الانتقادية ص ٢٤٢ ومابعدها . وقارن دو جى دروس القانون العام ص ٧٠ — ٧٢ مع الحذر فى فهم ما يستعمله من الاصطلاحات .

هذا الأمل ويضيعه. ففى المثالين المتقدمين لو أن القانون الذى يحرم الوصية أو يجعلها نافذة فى الربع فقط أو لو أن القانون الذى يسوى بين الذكر والأنثى فى الميراث صدر قبل وفاة الموصى أو المورث فان الوصية تبطل أو لا تنفذ إلا فى الربع على حسب نص القانون الجديد ، ولا يأخذ الولد من التركة إلا حصة مساوية لنصيب البنت ، لأن الموصى له والوارث ليس لهما حق مكتسب فى مال الموصى أو المورث أثناء حياته ، بل كل ما للموصى له هو مجرد أمل بأن الموصى لا يرجع عن الوصية حتى يموت . والوارث كذلك ليس له إلا أمل فى النصيب الذى يعطيه له القانون من تركة مورثه وفى أن مورثه لا يتصرف فى أمواله بالبيع أو غير ذلك قبل وفاته . وقاعدة عدم استناد القانون مقصود بها حماية الحق المكتسب بل حماية الآمال .

استثناءات من قاعدة عدم سريان القانون على الماضى

بند ٨٤ — عرفنا فى بند ٨١ آنفا أن المشرع له أن ينص صراحة فى أى قانون على سريانه على الماضى[1] . وزيادة على هذه الحالة قد تقضى المصلحة فى بعض الأحوال بسريان بعض القوانين على ما سبقها من الحوادث . وتلك الأحوال هى :

أولا — القوانين الجنائية التى تعتبر فى صالح المتهم ، كما لو خفف القانون الجديد العقوبة المقررة بالنسبة للجريمة التى وقعت من المتهم بجعلها جنحة بدلا من جناية أو جعلها الأشغال الشاقة بدل الإعدام . ففى هذه الحالة لا يحكم فيها القاضى إلا بالعقوبة الجديدة ، حتى ولو كانت الجريمة وقعت من المتهم قبل صدور القانون الجديد ، وبغض النظر عما إذا

---

(١) ومعنى ذلك أن المشرع لا يتقيد بقاعدة عدم استناد القانون وإن كان منصوصا عليها فى الدستور ، لأن النص الدستورى الذى قررها أجاز له عدم اتباعها . انما الذى يتقيد بهذه القاعدة هو القاضى ، فلا يجوز له أن يطبق القانون الذى لم ينص فيه على سريانه على الماضى إلا على الحوادث التى تلى صدوره (كابيتان ص ٥٤)

كانت قد اتخذت ضده إجراءات الدعوى الجنائية أو رفعت عليه الدعوى العمومية ، أم لا . إنما يشترط ألا يكون صدر فيها حكم نهائى طبقا للقانون القديم قبل صدور القانون الجديد (١٩/٥ ع ا م) .

ثانيا — قوانين المرافعات المدنية والتجارية وقوانين التحقيق الجنائى . هذه القوانين يسرى حكمها على إجراءات جميع الدعاوى المرفوعة التى لم يحكم فيها نهائيا قبل صدور القانون أو التى لم ترفع قبله . وليس معنى ذلك تغيير ما تم من الإجراءات طبقا للقانون القديم . ولكن فقط يسار فيما بقى منها بحسب القانون الجديد . ويقولون إن السبب فى ذلك هو أن هذه القوانين لا تتعلق بالحقوق ولكن بطريقة الوصول اليها فقط ، وليس لشخص حق مكتسب فى أن ترفع الدعوى وتسير إجراءاتها بشكل دون آخر .

وعلى ذلك فلو صدر قانون بمد مواعيد الاستئناف أو المعارضة أو بتغيير اختصاص المحكمة ، فان كلا من المستأنف والمعارض يستفيد من الميعاد الجديد . وكذلك تنقل الدعوى الى المحكمة المختصة طبقا للقانون الجديد إلا إذا نص هذا على بقاء حق الحكم فيها للمحكمة الأصلية حتى تنتهى منها [1] . وكذلك لو صدر قانون يحرم الحبس الاحتياطى فى جريمة معينة فيستفيد المتهم من ذلك ، إذ لا يقبض عليه ولا يحبس احتياطيا و يفرج عنه إذا كان قد حبس .

ثالثا — القوانين التفسيرية : قد يكون نص القانون من الغموض بحيث تضطر السلطة التى سنته الى تفسيره بقانون آخر لاحق له يقال له قانون تفسيرى Loi Interprétative . والقوانين التفسيرية تأخذ حكم القوانين التى تفسرها ، فتسرى على ما تسرى عليه هذه ، أى أنها تسرى على الحوادث الواقعة قبل صدورها والتى لم يفصل فيها نهائيا بعد .

---

(١) انظر المواد ٤٦ الى ٤٨ من المرسوم بقانون نمرة ٦٨ لسنة ١٩٣١ الخاص بمحكمة النقض والإبرام .

٣ — تطبيق القانون بالنسبة للمكان وللأشخاص

بند ٨٥ — الأصل أن القوانين لاتسرى إلا فى دار الدولة التى صدرت فيها، لأن سلطان الدولة لايتعدى دارها ولا يسرى وراء حدودها . ولكن قوانين الدولة تسرى فى دارها على كل شخص موجود أو مقيم أو متوطن بها ، سواء أكان من رعاياها أم من الأجانب عنها . أما سريانه على رعاياها فطبيعى لأنهم يخضعون لسلطانها بصفة دائمة . وأما سريانه على الأجانب فلأنهم يخضعون له بصفة مؤقتة ، أى مدة إقامتهم أو توطنهم أو وجودهم على أرضها ، وخضوعهم لقانونها مادامو على أرضها أمر توجبه العدالة ، لأنهم يتمتعون مدة وجودهم فيها بحماية قوانينها ونظمها . وفى مقابل هذه الحماية يجب أن يخضعوا لقوانينها واختصاص محاكمها .

بند ٨٦ — والقاعدة التى بمقتضاها تسرى قوانين الدولة على كل شخص موجود على أرضها ولا تسرى عليه خارجها تسمى قاعدة دارية (محلية) القوانين Territorialité des Lois. ويقابلها قاعدة أخرى تسمى قاعدة شخصية القوانين Personnalité des Lois ، ومن مقتضاها أن قوانين الدولة تسرى على رعاياها سواء فى أرضها أو فى الخارج ، ولا تسرى على غيرهم . وقد كانت هذه القاعدة الأخيرة هى المتبعة فى البلاد الأوروبية بعد سقوط الدولة الرومانية الغربية على يد الغزاة من الجرمانيين .

وكان المعول عليه ، بحسب هذه القاعدة الأخيرة ، فى معرفة القانون الذى يسرى على الشخص هو تبعيته لقبيلة معينة [1] لأن التبعية للقبيلة سبقت التبعية للدولة أى الجنسية فى العصر الحاضر . ولكن لما ظهر نظام الأقطاع La Féodalité وأصبح كل فريق من الناس تابعا لأمير أقطاعى معين وملحقين بأرضه انقلبت الحال وأخذت نظرية دارية أو محلية القوانين تحل محل نظرية شخصية القوانين ، بمعنى أن كل شخص موجود فى القطر الذى

---

(١) راجع فى الكلام الوارد فى هذا البند كتابنا المطول فى الدولى الخاص جزء ١ ص ٧٧ — ٨٨

يسود فيـه حكم الأمير الأقطاعى يخضع لعادات هذا القطر سواء أكان من أهله أم لا ، كما أن قوانين هذا القطر أصبحت لاتسرى خارجه على أحد . ولكن تطبيق هذه النظرية على إطلاقها ، وإن كان يؤيد استقلال البلد وسيادته على كل من فيه ، إلا أنه كان يؤدى الى حرج كبير ، خصوصا فى مسائل الأحوال الشخصية ، إذ كان الناس يخشون الانتقال من بلد الى آخر ، لئلا يعرضوا أنفسهم للحكم فى أحوالهم الشخصـية ، كزواجهم وأهليتهم وأنسابهم ، بقوانين غير قوانينهم التى ألفوها وبنوا حياتهم عليها . وهذا كان مضرا بالتجارة ومعطلا لها خصوصا التجارة الدولية . ولذلك بدأ الناس يفكرون فى حل يجمعون فيه بين فائدة نظرية محلية القوانين ، التى يترتب على تطبيقها تأييد سيادة الدولة فى دارها بالنسـبة للأجانب ، وبين فائدة نظرية شخصية القوانين ، التى يترتب على الأخذ بها ضمان احترام أحوال الإنسان الشخصية وصلاته العائلية أينما كان وفى أى قطر حل . وقد ساعدتهم الحروب الصليبية التى علمتهم فوائد التنقل ومكاسب التجارة الدولية فأخذوا من كل قاعدة مايفيد وتركوا منها ما لا يفيد .

وبناء على ذلك استبقوا نظرية محلية القوانين كقاعدة أصلية فى كل ما يتعلق بالنظام العـام فى الدولة وحماية أرضها وأموالها ، وأخذوا بنظرية شخصية القوانين فيما يتعلق بأحوال الإنسان الشخصية . وعلى ذلك قسموا القوانين الى قوانين عينية Statuts Réels وقوانين شخصية Statuts Personnels . فالأولى تطبق تطبيقا محليا فى أرض الدولة على كل من وما يوجد فيها . والثانيـة تطبق تطبيقا شخصيا على رعايا الدولة التى هم تابعون لها إما بجنسيتهم ، كما هى الحال فى مصر ، أو بموطنهم كما هى الحال فى انجلترا وأمريكا .

بند ٨٧ — فيمكن إذاً القول بأن القاعدة الأساسية فى تطبيق القوانين من حيث المكان والأشخاص هى أن القوانين تطبق تطبيقا محليا وتسرى

فى دار الدولة على كل شخص موجود على أرضها إلا فى مسـائل الأحوال الشخصية ، فانها خاضعة بالنسبة لكل شخص أجنبي أو وطنى لحكم قانونه الشخصى أى قانون جنسيته ، كما هى الحال فى مصر ، أو قانون موطنه ، كما هى الحال فى انجلترا .

تطبيق القوانين فى مصر من جهة المكان والأشخاص

بند ٨٨ — يرى بعض الكتاب أن القاعدة فى تطبيق القوانين فى مصر هى عكس القاعدة التى قررناها آنفا ، فيقول بأن الأصل فى تطبيق القوانين فى مصر أن يكون شخصيا [١] . ويستند فى ذلك تارة على نظام الطوائف الملية ، الذى من مقتضاه أن كل طائفـة من الوطنيين تخضع فى أحوالها الشخصية لقانون ولمحاكم ديانتها أو ملتها ، وطورا على نظام الامتيازات الأجنبية الذى من مقتضاه أن يخضع كل أجنبي تابع لدولة متمتعة بالامتيازات لقانون جنسيته ولمحاكم خاصة تابعة للدولة التى هو من رعاياها وتسمى المحاكم القنصلية .

وإذا كان هذا القول صحيحا على إطلاقه قبل الإصلاح القضائى فان الأمر لم يعد كذلك بعده، لأن قوانين المحاكم الأهلية والمختلطة قوانين محلية تسرى على كل من يوجد فى مصر فيما نص عليه فيها . والأجانب خاضعون لاختصاص هذه المحاكم ، الأهلية والمختلطة على حد سواء ، إلا من استثنى منهم فى بعض أحوال بحكم الامتيازات أو المعاهدات . ولذلك تكون القاعدة أن الأصل هو محلية القوانين المصرية ، وشخصيتها استثناء .

---

(١) صفوت ص ٢٠

الفصل الرابع

تفسير القوانين INTERPRÉTATION DES LOIS

بند ٨٩ — يقول بولوك عن سوهم[1] إن القانون بلا تفسير جسم بلا حياة . فالتفسير إذن يعطى القانون الحياة . وتفسير القانون هو بيان حكمه فى الحوادث التى وضع لها . وهو لازم سواء أكان القانون مسنونا أو غير مسنون، صريحا أو غامضا . إذ ما من قاعدة قانونية يمكن أن تفهم بنفسها فى كل الأزمان والظروف،لأن الظروف تتغير وتتشابه، وليس فى وسع المشرع أن يحيط بكل شىء علما مهما أراد أن يحتاط للحاضر والمستقبل ، إذ قد يخطئ التعبير أو يلتبس عليه الأمر أو يضمن القاعدة أكثر أو أقل مما أراد أن يدخل فى حكمها وهكذا .

وللإلمام بموضوع تفسيرالقوانين نرى أن نقسمه الى القطعتين الأساسيتين الآتيتين وهما :

أولا — من له حق تفسير القوانين .

ثانيا — قواعد التفسير .

١ — من له حق التفسير[2]

٩٠ — التفسير من حق (١) المشرع و (٢) المحاكم و (٣) الفقهاء أو الكتاب ، فهو على ثلاثة أنواع، (١) التفسير الذى يقوم به المشرع أى واضع القانون نفسه، ويسمى التفسير التشريعى Interprétation Législative

(1) F. Pollock, First Book of jurisprudence, Sohm. Institutes of Roman Law

(2) بلانيول ص ٨٤ وما بعدها بند ١٩٩ وما بعده — وكابيتان ص ٢٩ — ٤١ و بولوك ص ٢٤١ — ٢٤٦

و (٢) التفسير الذى يحصل بواسطة المحاكم ، ويسمى التفسير القضائى Judiciaire و (٣) التفسير الذى يقوم به الكتاب أو الفقهاء ويسمى التفسير الفقهى Doctrinale .

بند ٩١ — التفسير التشريعى — هذا هو الأصل فى التفسير ، إذ كانت القاعدة عند الرومان فى عهد الامبراطورية ، وفى فرنسا فى القرون الوسطى ، أن المشرع وحده (الامبراطور فى روما أو الملك فى فرنسا) هو الذى له حق تفسير ما يصدره من القوانين الغامضة . ولذلك كان يتعين على المحاكم أن توقف الفصل فى الدعوى عند ما يكون نص القانون غامضا وتطلب من المشرع تفسيره . أما الآن فقد أصبح للمحاكم والفقهاء هذا الحق على ماسنرى .

والتفسير التشريعى يحصل فى الغالب بناء على رغبة الحكومة ، إذا وجدت أن قانونا أصدره البرلمان فسر على غير الغرض الذى كان موضوعا له ، أو أنه يترتب على تفسيره السارى أمام المحاكم ضرر بمصلحة عامة ، فتطلب من البرلمان إصدار قانون تفسيرى للقانون الأول . ويسرى هذا القانون من يوم سريان القانون المفسر على كل الحوادث التى لم يفصل فيها نهائيا بمقتضاه .

بند ٩٢ — التفسير القضائى : هو الذى تعمله المحاكم فى كل يوم فيما يعرض عليها من القضايا ، فتبحث فيما إذا كانت وقائع الدعوى تدخل فى مضمون النص الذى يراد إعطاؤها حكمه . والحكم الذى يصدر بناء على التفسير الذى يعطيه القاضى للنص يلزم الخصوم ويلزم القاضى فى القضية التى أخذ به فيها فقط ، ولا يلزمه فى غيرها . ولذلك يجوز للقاضى أن يحكم فى قضية مشابهة لها بشكل آخر ، أى أن يعطى للنص تفسيرا آخر ، رغم تشابه أحوال كل من الدعويين . وسنعلم السبب فى ذلك عند ما نتكلم على القضاء كمصدر من مصادر القانون .

بند ٩٣ — التفسير الفقهى : هو الذى يقوم به الكتاب فى كتبهم التى يؤلفونها عن القانون والمدرسون فى دروسهم وأصحاب الفتوى فى فتاواهم .

ولكن التفسير الفقهى لا يلزم أحدا خلافا للتفسير التشريعى أو القضائى . ولكنه فى الواقع كثيرا ما يؤثر فى رأى القضاة فيأخذون به فى أحكامهم وهو تفسير نظرى لا يرتبط بحوادث واقعية ، بل بفروض يفترضونها، وقد ينقصها شيء كثير لتكون عملية . وهو يصدر فى الغالب فى شكل شروح مدونة فى كتب أو فى مقالات يكون لها تأثير أدبى بقدر ما لصاحبها من القيمة أمام المحاكم ، خصوصا اذا كانت صادرة من مشاهير الفقهاء .

٢ — قواعد التفسير

بند ٩٤ — للتفسير قواعد تقليدية معروفة تشابه القواعد المعروفة فى تفسير العقود ، ويطلق عليها الانجليز اسم Canons of Interpretation ، ويسميها الفرنسيون Adages ou Brocards dé l'Interprétation . والمقصود منها جميعا هو الوصول الى معرفة غرض المشرع من النص[1] — ولمعرفة هذه القواعد يفرق الكتاب بين أربعة أحوال وهى : الحالة الأول حالة كون النص واضحا أو صريحا ، الحالة الثانية حالة كون النص غامضا ، الحالة الثالثة حالة تضارب النصوص ، والحالة الرابعة حالة عدم وجود نص فى القانون .

---

(١) انقسم العلماء فى تفسير القانون الى فريقين : فريق يتمسك بالقواعد التقليدية ويرى فى لفظ القانون العمود الفقرى الذى يجب أن يدور حوله كل تفسير ، ويرى فيه أيضا المفتاح الوحيد للوصول الى غرض الشارع . فلا يجوز فى نظرهم الخروج عن لفظ القانون . أما الفريق الآخر فن المجددين الذين يرون فى القانون كائنا حيا يتطور كلما تطورت أحوال الاجتماع وتغيرت العادات ويسير معها جنبا الى جنب فيجب تفسيره بما يجعله متمشيا مع حاجات الزمن بغض النظر عن غرض الشارع وقت سنه ، لأن الشارع مهما أوتى من بعد النظر ما كان ليمكنه أن يتنبأ بما ستكون عليه حالة الاجتماع بعد أجيال طويلة من صدور القانون ، ولأن القانون بعد وضعه ينفصل عن المشرع الذى وضعه وينمو مستقلا مع الحياة .

١ — النص صريح :

بند ٩٥ — فى هذه الحالة لا تمنع صراحة النص جواز التفسير. والقاعدة فى هذه الحالة أن يعطى للألفاظ معناها الذى ترد به فى الاستعمال العادى ، لأن المفهوم أن المشرع يقصد ما يقول . ومع ذلك فقد يكون المشرع أخطأ التعبير فلم يؤد تعبيره ما كان يجول فى ضميره وقت وضع النص رغم صراحته. وفى هذه الحالة قد يكون الخطأ ناشئا عن غلط فى الترجمة إذا كان القانون يوضع بلغة معينة ثم يترجم منها إلى لغة أخرى . خذ مثلا المادة ٣ من المرسوم بقانون الخاص بالمجالس الحسبية الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، التى قضت باختصاص هذه المجالس "بالنسبة للمصريين وغيرهم من المتوطنين بالقطر المصرى" . فلو أخذناه على ظاهره لحكمنا بأن المجالس الحسبية مختصة فقط بالنسبة للأشخاص المتوطنين فى مصر سواء أكانوا مصريين أم أجانب. والواقع أن المشرع لم يقصد ذلك ، وإنما قصد أنها تكون مختصة بالنسبة للمصريين إطلاقا ، أى ولو لم يكونوا متوطنين فى مصر ، وبالنسبة للأجانب إذا كانوا متوطنين فيها فقط . وهذا المعنى ظاهر تماما فى الأصل الفرنسى لهذه المادة الذى كان يجب أن يترجم بعبارة " بالنسبة للمصريين وكذلك بالنسبة لغيرهم من المتوطنين بالقطر المصرى"[1] .

وكثيرا ما يحدث مثل هذا الخطأ من المشرع فى التعاريف القانونية وتدل عليه طبيعة الأمور أو سياق التعبير . وفى هذه الحالة يجب أن يفسر بما يجعله مستقيم المعنى . خذ مثلا تعريف الشرط الوارد فى المادة ١٠٣/١٧٥ م أم فانها عرفته بأنه "أمر مستقبل أو غير محقق" . والواقع أن لفظ (أو) يجب أن يحل محله فى المادة حرف (و) فقط ، أى أن الشرط "أمر مستقبل وغير محقق". وكذلك المادة ٢٩٣ عقوبات التى ، بعد أن عرفت النصب ، ذكرت أن العقوبة عليه هى الحبس أو غرامة ٥٠ جنيها أو إحدى هاتين العقوبتين فقط . فلفظ أو الواقعة بين لفظ الحبس والغرامة صحتها (و) وإلا لما كان للجزء الأخير من المادة معنى .

---

(١) كتابنا الموجز فى القانون الدولى الخاص بند ٣٩ ص ٥١

٢ — حالة غموض النص :

بند ٩٦ — فى هذه الحالة والحالتين التاليتين تظهر براعة المهنة القانونية والمهارة فى تأويل أحكام القانون ، سواء أحصل التأويل من المحاكم أو من الشراح، لأن لفظ القانون لا يساعد وحده كثيرا على الوصول الى غرض الشارع.

وقد يحدث الغموض فى هذه الحالة سواء من صعوبة تركيب الجملة أو من التباسها على الفهم . والقاعدة [١] المتبعة فى التفسير فى هـذه الحالة هى أنه يجب، للوصول الى غرض الشارع ، الرجوع أولا الى الأعمال التحضيرية Travaux Préparatoires للقانون المراد تفسيره . والأعمال التحضيرية تشمل فى مصر جميع الوثائق الرسمية ، كمحاضر جلسات اللجان التى حضرته أو التى بحثته وأعطته الصيغة القانونية ، وتقريرها عنه ، ومشروعه الذى عرض به على السلطة التشريعية أى البرلمان، ومحاضر جلسات البرلمان التى يدون فيها مايحصل من المناقشات حول مواد القانون عند تلاوتها على الأعضاء وما يتخذ بشأنها من القرارات ، وكذلك المذكرات التفسيرية التى تنشر مع القانون . ومعظم هذه الوثائق تنشر فى نشرات رسمية كمجموعة الوثائق الرسمية التى تنشر المذكرات التفسيرية للقوانين والخطابات المتبادلة بشأن معاهدة يسرى حكمها فى مصر والبروتوكولات . ومن هذه النشرات أيضا الوقائع الرسمية التى تنشر القوانين وتقارير اللجان والمناقشات البرلمانية .

وإذا لم يفد الرجوع الى الأعمال التحضيرية فيرجع الى المصادر التاريخية والتقاليد التى كانت متبعة قبل صدور القانون، بحيث لو لم يوجد فى القانون الجديد ما يخالف هذه التقاليد لكان المظنون أن المشرع أراد إبقاء القديم على قدمه ، لأن للتقاليد قوة يجب احترامها الا اذا كانت رغبة المشرع صريحة فى مخالفتها [٢]. وفى تفسير المواد الخاصة بمرض الموت وقانون الشفعة أمثلة

---

(١) بلانيول ص ٩٠ بند ٢١٨ ، جودبى ص ١٦٨ — ١٧١

(٢) يلاحظ أن القانون الفرنسى يعتبر مصدرا للقانون المصرى فيما نقله منه ، وكذلك تعتبر الشريعة الإسلامية . فيرجع لكل منهما فى تفسير نص القانون المأخوذ عنه . قارن ف . والتن فى كتابه عن تفسير قانون كندا السفلى ص ١٣٠

كثيرة على تقيد المحاكم المصرية بأحكام الشريعة الإسلامية التى كانت متبعة قبل صدوره والتى هى مصدر للتشريع فى هذين المثالين من الوجهة التاريخية فى غير الأحوال التى يظهر فيها من النص أو روح التشريع أن المشرع أراد الخروج عليها .

وإذا لم يستطع القاضى أو الفقيه أن يعرف غرض الشارع بالقواعد المتقدمة فيجب عليه أن يبحث فى روح التشريع ومجموع نصوصه الخاصة بالمسألة المطروحة عما يكون قد قصده المشرع ، أى يفترض نفسه مؤقتا أنه هو المشرع ، ثم يسأل نفسه عما كان يقصد من مجموع النصوص لو أنه هو الواضع لها . وقد يعثر على هذا القصد بسبب كلمة ترد فى إحدى المواد أو بسبب تركيب جملة فيها أو فى تتابع المواد وترتيب الأبواب أو فصول القانون . وهذه مسألة مرجعها الذوق وسعة الاطلاع . وبقدرهما تكون المقدرة على التأويل ووجاهته . فقد رأينا مثلا بعض الكتاب يأخذون من ورود تعداد الأعمال التجارية فى المادة ٦٣١ فرنسى المقابلة للمادة ٢ ت م تحت عنوان "اختصاص المحاكم التجارية" أن أهمية تمييز العمل التجارى عن العمل المدنى تنحصر فى تعيين اختصاص المحاكم التجارية ، فى حين أن معظمهم يرى من هذا النص ومن نصوص أخرى وردت فى القانون المدنى ، كالمواد ١٢٤/١٨٢ و٢١٥/٢٨٠ م ا م . أن لهذا التمييز فوائد أخرى منها معرفة طرق الإثبات التى يجوز اتباعها ، وسعر الفائدة فى المسائل التجارية ، وغير ذلك من الفوائد التى ستدرسونها فى القانون التجارى فى السنة الثانية عند الكلام على الأعمال التجارية[1] .

٣ — حالة تضارب النصوص :

بند ٩٧ — وفى هذه الحالة لا يخلو الحال من أحد أمرين وهما :

أولا — أن يكون أحد النصين صدر بعد الآخر . وفى هذه الحالة ينسخ النص اللاحق النص السابق . مثلا نص المادة ٥٥٧ م ا والمادة ٢٢ من

(١) راجع مذكراتنا فى القانون التجارى للسنة الثانية .

المرسوم بقانون الصادر فى ٥ أغسطس سنة ١٩٢٥ بشأن النظام القنصلى ، حيث توجب الأولى عمل الرهن التأمينى بعقد رسمى يحرر فى قلم كتاب إحدى المحاكم وإلا كان لاغيا ، والثانيـة يؤخذ منها أنه يجوز عمله بعقد رسمى فى قنصلية مصرية فى الخارج . وبما أن الثانية صدرت بعد الأولى ، فلذلك يعتبر الرهن الحاصل فى قنصلية مصرية فى الخارج صحيحا على الرغم من المـادة ٥٥٧ م ا

ثانيا — أن يكون كل من النصين المتعارضين صدر ولا يزال معمولا به فى وقت واحد . وفى هذه الحالة يجب التوفيق بينهما ما أمكن . وقد يجد القاضى أن أحدهما يكون قاعدة عامة والثانى استثناء منها ، أو أن لكل منهما دائرة عمل خاصة به . خذ مثلا نص المـادة ١٤ مدنى مختلط والمـادة ٣٤ فقرة ٧ مرافعات مختلط أيضا . فالأولى تكتفى فى اختصاص المحاكم المصرية دوليا بأن يكون العقد تم فى مصر ، والثانية تشترط لاختصاصها فى المسائل التجارية أن يكون العقد تم فى مصر وأن يكون متفقا على تنفيذه فيها أيضا . وعلى ذلك يمكن القول بأن النص الأخير استثناء من حكم المـادة ١٤ خاص بالمسائل التجارية فقط .

٤ — عدم وجود نص فى القانون :

بند ٩٨ — فى هذه الحالة يتسع نطاق التفسير أمام القاضى أو الشارح ويتمتع فى تخريج الأحكام بشىء غير قليل من الاستقلال . ولكن حريته فى الواقع ليست مطلقة بل هى مقيدة بكونه لا يجوز له الخروج فى تأويله عن مبادئ القانون الأساسية التى يرتكز عليها التشريع . فيجب أن يضع نفسه موضع المشرع ويبحث فى روح التشريع ليرى بماذا كان يقضى لو طلب منه وضع قانون للمسألة المطروحة أمامه . وأمامه للوصول إلى هذا الغرض طريق معروف قديما وهو طريق القياس Analogie ، فيعطى الحالة التى لم ينص عليها المشرع حكم الحالة التى نص عليها إذا تشابهت الحالتان من جميع الوجوه . فمثلا نص القانون التجارى على أن التأمين البحرى يعتبر عملا تجاريا (٢/٣ ت ا م).

ولكنه لم ينص على التأمين البرى فاعتبرته المحاكم عملا تجاريا قياسا على التأمين البحرى لأنهما متشابهان . ولكن يلاحظ أن القياس لا يجوز إذا كان هناك فارق بين الحالتين . و يلاحظ أيضا أن النصوص القانونية الاستثنائية لا يصح القياس عليها . فمثلا لا يصح الأخذ بالقياس فى الجرائم . لأن العقوبة تقيد الحرية ، فهى استثناء من الحرية التى هى الأصل فى الإنسان.

بند ٩٩ — وللقياس طريقتان أخريان وهما :

أولا — طريقة القياس من باب أولى *a fortiori* : إذا شابهت الحالة غير المنصوص عليها الحالة المنصوص عليها وزيادة فى باب الشبه، أو بعبارة أخرى فى عناصره، فتأخذ حكمها من باب أولى . خذ مثلا نص المادة ١٠ تجارى مختلط الذى يوجب على من يريد الاتجار ، متى كان عمره لا يقل عن ١٨ سنة ولا يزيد عن ٢١ سنة ، الحصول على إذن بالاتجار من المحكمة الابتدائية ، حتى ولو كان يعتبر بالغا بحسب قانونه الشخصى . فمن باب أولى يجب عليه الحصول على هذا الإذن ، اذا كانت سنه كما تقدم ، وكان يعتبر قاصرا بحسب القانون المذكور ، رغم أن المادة سكتت عن اشتراط الإذن بالنسبة له .

ثانيا — طريقة القياس العكسى *a contrario* : إذا ورد نص خاص بحالة أو أحوال معينة فقد يكون غرض الشارع أن هذا النص لا يمتد حكمه الى غير هذه الحالة أو تلك الأحوال المعينة بالذات ، فتكون القاعدة عكس النص، والنص استثناء منها. خذ مثلا نص المادة ٣٣٢/٢٦٣ م ا م الذى يقضى ببطلان بيع الحقوق فى تركة إنسان على قيد الحياة ولو حصل برضاه . فيمكن أن يؤخذ منها بطريق القياس العكسى أن بيع الحقوق المستقبلة التى لم تنشأ عن تركة صحيح لا غبار عليه [١] .

ولكن يجب الحذر فى الأخذ بهذه الطريقة لأنها غير مأمونة العواقب ، إذ من الجائز أن يكون المشرع إنما ذكر الحالة أو الحالات التى أعطاها حكم

---

(١) أحمد فتحى زغلول باشا ص ٢٢٩ و جودبى ص ٧٤ وصفوت ص ١٧٦

النص على سبيل المثال فقط ، كما هى الحال فى المادة ٢/٢ ت أ م التى ذكرت تعداد الأعمال التجارية . فلو أخذنا بطريقة القياس العكسى لحكمنا بأن ما لم يرد ذكره فى هذه المادة من الأعمال لا يعتبر عملا تجاريا ، وهذا ما لم تذهب اليه المحاكم فى مصر ، إذ اعتبرت أن الأعمال التى وردت فى هذه المادة جاءت على سبيل المثال[١]

بند ١٠٠ — [٢] فيما مضى ذكرنا الطريقة التقليدية فى تفسير القانون وهى المتبعة عادة فى المحاكم والمدارس ، وسار عليها عدد من كبار المفسرين فى القانون مثل أوبرى ورو وبوتييه . ويلاحظ أنها تجعل من غرض الشارع المحور الذى يدور عليه التفسير ، وتعتمد كثيرا على ما يستعمله من الألفاظ .

ولكن المجددين من العلماء الحاليين فى ألمانيا وفرنسا مثل ڤارنى سوميير وچينى ودوجى ولامبير ينتقدون هذه الطريقة ، لأنها تجعل القانون جامدا رجعيا ، مع أن العلاقات الاجتماعية فى تطور مستمر وتقدم . ولما كان المشرع لن يمكنه بأى حال من الأحوال من أن يحيط بكل شىء علما حالا أو مستقبلا فلا يرجى إذن نفع كبير من التقيد بغرض الشارع المزعوم فيما لم يقع تحت حسه وما لم يتوقع حدوثه .

وهذا الفريق يذهب الى اعتبار القانون كائنا يتطور كما تتطور العلاقات الاجتماعية التى يحكمها . وبمجرد وضعه يصبح مستقلا عن شخص واضعه وينمو ويتقدم ويرتقى تبعا للظروف الاجتماعية التى تحيط به . ولذلك يجب تفسيره بشكل يجعله متمشيا مع الحياة وملائما لها (چينى ص ٩٦ — ٩٨) بصرف النظر عن غرض الشارع .

---

(١) انظر مذكراتنا فى التجارى للسنة الثانية ، پلانيول ١ بند ٢٢٢

(٢) انظر كابيتان ص ٢٩ — ٣٤ ، جودىى ص ١٧٠ — ٧٧

الفصل الخامس

مصادر القانون SOURCES DU DROIT

بند ١٠١ — تارة يقصد بمصدر القانون الأصل الذى نقل عنه ، ويقال للمصدر فى هذه الحالة إنه تاريخى Historique [1]. فالقانون الرومانى يعتبر مصدرا تاريخيا للقانون الفرنسى ، وهذا الأخير والشريعة الإسلامية كلاهما يعتبر مصدرا تاريخيا لأحكام القانون فى مصر.

وتارة يقصد به السند أو المرجع الذى يبحث فيه عن نص القانون كالوقائع المصرية ، ويسمى فى هذه الحالة بالمصدر الرسمى Source Authoritative [2]

وتارة يقصد به السلطة التى وضعت القانون أو أصدرته ويسمى فى هذه الحالة بالمصدر التشريعى Législative ou Formelle ، كالسلطة التشريعية فى الوقت الحاضر ، والدين بالنسبة للشرائع التى تصطبغ بالصبغة الدينية ، وكالعادة والعرف بالنسبة لأحكام القانون التى نشأت بقوة التقاليد أو تواضع الناس عليها . ومصادر القانون بهذا المعنى هى التى تهمنا معرفتها ودراستها .

بند ١٠٢ — ومصادر القانون بهذا المعنى هى :

(١) العرف .
(٢) الدين .
(٣) آراء الفقهاء .
(٤) أحكام المحاكم
(٥) قواعد العدل والإنصاف والقانون الطبيعى .
(٦) التشريع وهو أهمها فى الوقت الحاضر ، وانما أبقيناه للآخر للكلام عليه بشىء من التوسع لأهميته .

---

(١) انظر كابيتان ص ٢٩ — ٢٤ وجودبى ص ١٧٩ — ١٧٧

(٢) صفوت ص ١٧٨ ، شرح القانون المدنى لفتحى زغلول باشا ص ٢٢٩

١ — العادة والعرف

L'usage et la Coutume

بند ١٠٣ — العادة تختلف عن العرف فى أنها أصل له ، وهى عبارة عن اصطلاح يجرى عليه الناس فى معاملاتهم مدة طويلة من الزمن ، حتى إذا ما استقر وصار قاعدة مرعية بينهم أصبح عرفا له قوة القانون سواء بسواء[1].
ولكى تستقر العادة وتصبح عرفا يجب أن تتوفر فيها الصفات الآتية وهى :

أولا — أن تكون قديمة ، أى أن يكون الناس اتبعوها من زمن بعيد ، حتى تكتسب بالقدم قوة التقاليد التى تكسبها الاحترام فى نظر القانون. وليس للقدم حد مقرر قانونا ، بل المسألة تقديرية

ثانيا — يجب أن تكون واضحة معروفة للناس المتبعة عندهم. وهذا شرط أساسى لوجودها . فاذا لم تكن العادة معروفة فلا يكون لها وجود .

ثالثا — يجب أن تكون عامة. ولا يقصد بذلك أن تكون معروفة فى جميع أنحاء القطر ، بل يكفى أن تكون مرعية بين جميع النــاس فى إقليم معين أو فى طائفة معينة. ومن العادات العامة فى مصر أن الزوجة المسلمة هى التى تأتى بأثاث منزل زوجها ، فيمكنها أن تتمسك بملكيتها له فى وجه كل من يريد الحجز عليه وفاء لدين على زوجها .

رابعا — هل يجب أن تتأيد العادة بأحكام قضائية متوالية لتصبح عرفا؟ يرى ذلك بعض الكتاب ، وينكرون على العرف أية قوة قانونية بدون هذا التأييــد [2] . والكثرة [3] على أن العرف يستمد قوته القــانونية من الرضا العام به أو الاتفاق الضمنى على احترامه واتباعه .

---

(١) جينى طرق التفسير نمرة ١٠٩ وما بعدها .

(٢) لامبير « دراسات فى القانون العام التشريعى » جزء ٢ ص ١٩ ، ٢٤ وكابيتان ص ٢٨

(٣) جينى المشار اليه فى هامش ١ آنفا ، پلانيول ص ٥ هامش ١

بند ١٠٤ — والعرف إذا ثبت واستقر كان حكمه حكم القانون ويعتبر مصدرا له ، فيرجع إليه القاضى عند عدم وجود نص فى القانون . أما إذا لم يستقر ولم يثبت فانه لايكون إلا مجرد عادة Usage يمكن للقاضى الرجوع اليها واعتبارها شرطا ضمنيا فى مشارطات الخصوم لتفسير تلك المشارطات والاصطلاحات الواردة فيها . وفى أقوال الفقهاء الشرعيين ونصوص القانون المصرى ما يؤيد هذا . فمن أقوال الفقهاء قولهم : "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" ، وقولهم "العرف متبع والعادة محكمة" . ومن نصوص القوانين المصرية المادة ١٩٩/١٣٨ م ا م التى تقضى بمراعاة العادات فى تفسير المشارطات ، والمادة ٥١/٣٠ م ا م التى تقضى بأن حقوق الارتفاق يتبع فيها نص المشارطة التى أنشأتها والعادات المحلية ، والمادة ١٧ من قانون محاكم الأخطاط التى كانت تقضى بأن يراعى فى تطبيق القانون العادات المحلية الثابتة التى لاتخالف قواعد العدل والقانون الطبيعى .

بند ١٠٥ — وقد كانت العادة هى مصدر القانون قبل ظهور الدول الحديثة ونظام التشريع الحالى . أما الآن فقد أصبح أثرها غير ظاهر أو بالأحرى أصبحت مصدرا تاريخيا فقط فى معظم الأحوال . وقد كانت هى المصدر الرئيسى للقانون التجارى والقانون التجارى البحرى . إذ كل من هذين القانونين ليس إلا مجموعة مدونة بشكل قانون للعادات التى جرى بها العرف التجارى واستقر عليها التجار فى معاملاتهم من قديم الزمان . ولا يزال للعادات التجارية شأن كبير فى تفسير العقود والحكم فى المسائل التجارية . وكثير من النصوص القانونية يقضى بذلك، مثل نص المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التى توجب على القاضى أن يحكم فى المواد التجارية بموجب العادات التجارية ، ونص المادة ١٨٧/١٢٧ م ا م التى تقضى بأن سعر الفائدة فى الحساب الجارى وتجميد الفوائد يتبع فيهما عرف الجهة

أوالعرف التجارى ، والمادة ١٨٢/١٢٤ مأ م التى تقضى بعدم سريان الفوائد إلا من يوم المطالبة الرسمية إلا إذا قضى العرف التجارى بغير ذلك .

١٠٦ — واذا كانت قيمة العرف كمصدر من مصادر القانون الداخلى قد فقدت كثيرا من أهميتها فى الوقت الحاضر بسبب نشاط البرلمانات والسلطات التشريعية ، فلها لا تزال ذات أهمية كبرى فى القانون الدولى بنوعيه ، وبالأخص فى القانون الدولى العام الذى يستمد معظم قواعده من العادات الثابتة فى معاملات الدول .

٢ — الدين*

بند ١٠٧ — الدين كمصدر من مصادر القانون تارة يعتبر مصدرا تاريخيا وتارة يعتبر مصدرا تشريعيا . وطورا يكون كلاهما فى آن واحد . ففى بعض البلاد الإسلامية مثلا يعتبر الدين مصدرا تشريعيا وإليه يرجع فى معرفة الأحكام الواجبة الاتباع باعتباره المصدر الرئيسى للقانون فى الدولة . وهو فى هذه البلاد يحل محل القوانين المسنونة الصادرة من الهيئات التشريعية . بل لأنه فى بعضها ، كبلاد العرب والأفغان ، لا يمكن للحاكم السياسى أن يمس الأحكام الشرعية بتعديل أو تبديل . وفى مصر تعتبر الشرائع الدينية المتبعة لدى أهل الطوائف وأمام مجالسهم الملية مصدرا تشريعيا ما دامت لا تصدر بقانون من السلطة التشريعية رأسا . أما الشريعة الإسلامية فهى مصدر تشريعى فى المسائل الداخلة فى اختصاص المحاكم الشرعية ، وهى الأحوال الشخصية والوقف ، وذلك سواء بالنسبة للمسلمين أو غير المسلمين فى الأحوال التى يخضعون فيها لاختصاص هذه المحاكم . وهى مصدر تاريخى فى الوقت نفسه للقوانين المصرية فيما عدا ما ذكر ، وعلى الخصوص بالنسبة للقوانين التى أخذت أحكامها من أحكام الشريعة الإسلامية ، كقانون الشفعة ومواد القانون المدنى الخاصة بمرض الموت .

* راجع فى علاقة الدين بالقانون وفى الفرق بين الإسلام والمسيحية من هذا الوجه جودبى ص ٩١ وما بعدها ، وعلى الخصوص ص ٩٤ — ٩٩

٣ — أحكام المحاكم La Jurisprudence

بند ١٠٨ — أحكام المحاكم إذا كانت تطبيقا لنص صريح من نصوص القانون لا يمكن أن تعتبر مصدرا قائما بذاته من مصادر القانون . بل المصدر هو النص الذى طبقته .

ولكننا قدمنا أن المشرع مهما احتاط فى سن القانون فانه لن يحيط بكل الظروف التى قد تطرأ فى العمل . وقد يأتى قانونه غامضا أو ناقصا أو زائدا عن الحاجة التى وضعه لها . وقد لا ينص أصلا على مسألة معينة . والقاضى لايسعه ، إزاء سكوت المشرع عن النص أو غموضه ، أن يمتنع عن الحكم ، بل لا يمكنه ذلك و إلا عرض نفسه للعقاب والعزل (م ١٠٦/١٢٦ عام) . ولذلك نرى المحاكم تجتهد تحت ستار التأويل أو التفسير للنصوص الموجودة فيه أن تجد حلا للمسألة المطروحة أمامها ، وهـذا الحل يكون مبدأ يطبق فى المسائل المشابهة التى ترفع اليها فيما بعد . ولذلك يقولون إن أحكام المحاكم تكون القانون La Jurisprudence fait la Loi

بند ١٠٩ — والأحكام التى تقرر مبادئ قانونيـة بالشكل المتقدم ، ولنسمها إيجازا " أحكام المبادئ " Leading cases, Arrêts de principe تعتبر فى انكلترا سابقة Précédent تتقيـد بها المحاكم التى أصدرتها والمحـاكم الأخرى الأقل منها درجة .

أما فى فرنسا وفى مصر فان أحكام المحاكم ، و إن كانت تعتبر ذات قيمة قانونية كبيرة و يتكون منها قواعد قانونيـة كثيرة ، وعلى الخصوص إذا كانت صادرة من محاكم الاستئناف أو النقض ، إلا أنهـا لا تعتبر ملزمة لا للمحاكم التى أصدرتها ولا للمحاكم الأقل منهـا درجة إلا فى الدعوى التى صدرت فيها . أما انها لاتلزم المحاكم كمبدأ ، فلأنها ليست قانونا ، ولأن المشرع لم ينص على إلزام المحاكم بها . وأما انها تلزمها فى الدعوى التى صدرت فيها . فلأنها تحوز قوة الشىء المحكوم فيه . ومعنى أنها تحوز قوة الشىء المحكوم فيه هو أنه لا يجوز للقاضى الذى أصدرها أن يرجع عنها أو يعدل فيها بعد

صدورها ، ولا يمكن للخصوم أن يجددوا النزاع بشأن موضوعها أمام محكمة أخرى ، ولا أن يطعنوا فيها بعد أن تصبح نهائية بالنسبة لهم بأية طريقة من طرق الطعن الاعتيادية .

ولكن توجد فى فرنسا حالة يقيد فيها حكم محكمة النقض المحاكم التى دونها ، وهى حالة ما إذا صدر حكم من محكمة النقض للمرة الثانية فى موضوع واحد . ولبيان ذلك نقول : إن محكمة النقض تنظر فقط فى الخطأ الواقع فى تطبيق القانون من محاكم الموضوع . فاذا تبينت وجود الخطأ ألغت الحكم وأعادته لمحكمة أخرى من درجة المحكمة التى أصدرته لإعادة نظر الدعوى . ولكن لما كان حكم محكمة النقض ، كحكم غيرها من المحاكم ، غير واجب الاتباع قانونا ، فمن الممكن عملا أن تحكم المحكمة التى أحيلت عليها الدعوى من جديد بحكم يخالف وجهة نظر محكمة النقض . ولذلك أجاز المشرع[1] لمحكمة النقض إذا رفع عن هـذا الحكم الجديد نقض للمرة الثانية ، أن تجتمع بكل دوائرها لتحكم فى المسألة القانونية المختلف عليها . وحكمها الثانى يقيد المحكمة التى يعاد لها الموضوع من جديد للحكم فيه على هدى الرأى الذى أقرته . ومع ذلك فهذا الرأى لا يقيدها إلا فى الدعوى التى صدر فيها الحكم فقط ، بمعنى أنه لو رفعت دعوى أخرى فى أحوال مشابهة لأحوال الدعوى الأولى أمام المحاكم فقد يصـدر فيها حكم آخر بغير المعنى الذى أقرته محكمة النقض للمرة الثانية فى الدعوى الأولى . ومحكمة النقض قد لا تتقيد هى نفسها بحكمها الأول .

قيمة أحكام محكمة النقض المصرية

بند ١١٠ — أما فى مصر فمحكمة النقض فى المسائل الجنائية لا تعيد الموضوع إلى المحاكم الجنائية التى رفع عن أحكامها نقض إلا فى حالة واحدة من ثلاث ، وهى حالة ما إذا كان هنـاك بطلان جوهرى فى الإجراءات أو بطلان أثر فى الحكم (٢٢٩ — ٢٣٢/١٦٣ — ١٥٤ ع أ م) . فاذا لم تتقيد المحكمة الجنائية التى أعيدت لها الدعوى برأى محكمة النقض ورفع عن حكمها

---

(١) كابيتان ص ٣٨ — ٤١ والقانون الفرنسى الصادر فى أول أبريل سنة ١٨٢٧

نقض للمرة الثانية فمحكمة النقض تحكم فى النقطة المختلف عليها وفى الموضوع (٢٣٢ تج أ فقرة ٣). وأما فى الحالتين الأخريين (حالة عدم العقاب على الواقعة المحكوم فيها، وحالة الخطأ فى تطبيق القانون) فتحكم محكمة النقض فى موضوع الجريمة دائما إما بالبراءة أو بالعقوبة على حسب الأحوال أيضا. وبذلك يمتنع إمكان الاحتكاك بين محكمة النقض والمحاكم الجنائية فى القضية الواحدة. ومع ذلك فحكمها لا يقيدها ولا يقيد المحاكم الجنائية فى غير القضية التى صدر فيها. ولذلك يمكنها أن تعدل عن المبدأ الذى قررته إلى مبدأ آخر، كما أن المحاكم الأخرى لها أن تحكم بغير ما حكم به فى النقطة ذاتها إذا عرضت لها فى قضايا أخرى.

بند ١١١ — ولم يكن فى مصر محكمة للنقض فى المسائل المدنية حتى سنة ١٩٣١، ولكن فى هذه السنة صدر القانون نمرة ٦٨ بإنشاء محكمة للنقض فى المسائل المدنية فى الأهلى دون المختلط. وبمقتضى هذا القانون أصبحت محكمة النقض تتكوّن من دائرتين: إحداهما للفصل فى المسائل الجنائية، وقد عرفنا سلطتها فى نقض الأحكام. والثانية مدنية وأجاز لها القانون الجديد، إذا نقضت الحكم المطعون فيه بسبب بطلان جوهرى وقع فيه أو بطلان فى الإجراءات أثر فيه، أن تعيد القضية إلى المحكمة التى أصدرته، أى إلى دائرة أخرى منها، وأوجب على هذه المحكمة أن تتقيد برأى محكمة النقض عند الفصل فيها من جديد (مادة ٢٥ من قانون النقض). ومن هذا نرى أن الاحتكاك بين محكمة النقض ومحاكم الموضوع فى المسائل المدنية غير ممكن أيضا، على عكس ما عليه الحال فى فرنسا.

بند ١١٢ — عدم وجود محكمة نقض مختلطة أو شرعية. تعتبر أحكام محكمتى الاستئناف المختلطة والشرعية هى المرجع الأخير فى تقرير المبادئ القانونية. ولكن لما كان كل من هاتين الهيئتين يتكوّن من دوائر مختلفة[1]، ولما كان من الممكن أن تصدر أحكام متضاربة فى النقطة القانونية الواحدة

(١) الشرعية بعد القانون نمرة ١٨ الصادر فى ١٩٢٣/٦/٢٣

من الدوائر المختلفة ، فقد رأى المشرع أن يضع نظاما يكفل توحيد الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف الواحدة على معنى واحد . فنص على إنشاء هيئة الدوائر المجتمعة[1] Chambres Réunies — وهى تتكوّن من مستشارى جميع الدوائر أو بعبارة أخرى من جميع مستشارى محكمة الاستئناف — لتقرر الرأى الذى يتبع فيما يحال عليها من إحدى الدوائر من النقط المختلف عليها . وعلى ذلك إذا وجدت دائرة استئنافية أن مسألة معروضة أمامها صدرت فيها أحكام متضاربة من دوائر مختلفة ، وكذلك إذا رأت العدول عن مبدأ مقرر الى مبدأ جديد ، فيمكنها أن توقف الفصل فيها وتحيل المسألة للدوائر المجتمعة بمحكمة الاستئناف التى هى تابعة لها . وقد كان هذا النظام موجودا فى المحاكم الأهلية[2] فى المسائل المدنية قبل إنشاء محكمة النقض المدنية ، وأصبح لا محل له بعده .

ويلاحظ أن حكم الدوائر المجتمعة ليس له من القيمة أكثر مما للأحكام الصادرة من محكمة النقض ، بمعنى أن الدوائر المجتمعة نفسها يمكنها أن تعدل عن مبدأ قررته فى قضية معينة وتتخذ مبدأ آخر ، كما أن الدوائر المختلفة يمكن لكل منها أن تخالفه فى غير القضية التى تقرر فيها ، وإن كان الواقع أن العمل جرى على أن أحكام النقض وأحكام الدوائر المجتمعة تحترم فى الغالب باعتبارها تقليدا ولما للهيئات التى تصدرها من الخبرة والمركز السامى .

جمع أحكام المحاكم

بند ١١٣ — نظرا لما لأحكام المحاكم من الأهمية فى نمو القانون وتقدمه ، لذلك تعنى الحكومة من ناحية والأفراد من ناحية أخرى بجمع ما يصدر منها ونشره فى مجلات دورية تساعد القضاة والمشتغلين بالقانون وتهديهم فى أبحاثهم القانونية ، وخصوصا اذا كان الحكم مقررا لمبدأ جديد

(١) قانون نمرة ٢٤ لسنة ١٩٠٦ مختلط ونمرة ١٠ الصادر فى ١٩٣٠/٤/٢٨ للمحاكم الشرعية .

(٢) قانون نمرة ٣٠ لسنة ١٩٣١

ومن هذه المجاميع مجموعة التشريع والقضاء المختلط Bulletin de Législation et de Jurisprudence Mixte ويرمز لها بالحروف B. L. J. وجازيت المحاكم المختلطة Gazette des Tribunaux Mixtes ويرمز لها بالحروف G. T. M. وجريدة المحاكم المختلطة Journal des Tribunaux Mixtes ويرمز لها بالحروف J. T. M. والأوليان شهريتان والثالثة أسبوعية .

ويوجد أيضا المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية Bulletin Officiel des Tribunaux Indigènes ويرمز لها عادة بالحروف B. O وتوجد مجلة المحاماة والجريدة القضائية ، وهذه الأخيرة أسبوعية والأوليان شهريتان .
ويوجد فى فرنسا مجموعات دالوز والباندكت وسيرى .

٤ — آراء الفقهاء La Doctrine

بند ١١٤ — يعتبر إجماع الفقهاء فى الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر الشرع ، أى أن الإجماع على قاعدة يكون حكمه حكم النص الوارد فى الكتاب الكريم أو السنة . وورود النص فى الكتاب أو الحديث لا يمنع من تأويله وإن كان صريحا . وقد اختلفت المذاهب فى الشريعة الإسلامية باختلاف وجهة نظر الأئمة المجتهدين فى تأويل أصولها ؛ على أن اختلافهم مقصور على الجزئيات دون الكليات .

بند ١١٤ مكرر — وآراء الفقهاء فى القوانين الوضعية الحديثة لها قيمة كبيرة جدا فى معرفة أحكام القانون ، لأن القانون قلما يتعرض للتفاصيل ، بل يصدر فى شكل قواعد ونصوص عامة وفى الغالب مركزة وغامضة أو عامة ومبهمة ، وتحتاج فى تأويلها الى نظر كثير ومقارنة بالنصوص الأخرى ورجوع الى تاريخ التشريع وظروفه واستنباط للقواعد الأساسية التى تبنى عليها نصوص القانون فى مجموعها ، حتى اذا ما كان القانون ناقصا أو ساكتا عن مسألة معينة أمكن بالرجوع الى القواعد الأساسية التى يستنبطها الفقهاء معرفة الحل فى المسألة المعروضة .

بند ١١٥ — وآراء الفقهاء لا تلزم القضاة ولا يجبرون على الأخذ بها فى أحكامهم، ولكنها تؤثر فيهم من طريق غير مباشر، لأن معظمهم درس على كتب الفقهاء فى أيام تعلمه للقانون. ولذلك كثيرا ما يرجع القضاة الى ما كتبه أساتذة القانون وغيرهم من الشروح المختلفة لمعرفة الحكم فى دعوى معينة. وقد كانت أحكام المحاكم فى الأصل مبنية على آراء الكتاب، ولكن بمرور الزمن واستقرار أحكام المحاكم بدأ القضاء يستقل فى أحكامه ويتخذ له طريقا آخر فى الأحكام مستمدا مما يظهره العمل أمامه. وفى هذه الأيام نرى ميلا كبيرا من جانب الكتاب الى تأييد أقوالهم وشروحهم بأحكام المحاكم، حتى قال بعضهم إن الآية كادت تنعكس وأصبح الفقه يعتمد على القضاء بعد أن كان القضاء يعتمد على الفقه[1].

بند ١١٦ — ولآراء الفقهاء قيمة كبيرة فى فرنسا، وفى البلاد التى أخذت قانونها عن القانون الفرنسى، وكثيرا ما يشار إليهم فى أحكام المحاكم المصرية وفى المرافعات أمامها. وكانت أقوال الشراح الفرنسيين فى مصر الى وقت قريب جدا لا تزال، الى حد كبير، هى المعول عليه فى تدريس القانون فى مصر. ولكن الآن بدأ يتكون فقه مصرى مستقل يشرح القانون المصرى على هدى ظروف مصر ومقتضيات أحوالها، دون أن يقتصر على مجرد حكاية تعاليم الفرنسيين وترديد ماقالوه ولو كانت الظروف مختلفة. ومن أمثلة هذا الفقه كتاب أحمد فتحى زغلول باشا فى شرح القانون المدنى، وكتاب المرحوم عبد الحميد أبو هيف بك فى المرافعات المدنية والتجارية، وكتاب أحمد أمين بك فى شرح قانون العقوبات القسم الخاص، وكتاب أحمد نجيب الهلالى بك فى شرح البيع، وكتاب المؤلف الفقير الى ربه فى شرح القانون الدولى الخاص.

---

(١) شارمون فى كتاب العيد المئينى ص ١٣٤

٥ — القانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف(*)

DROIT NATUREL ET EQUITÉ

بند ١١٧ — لاحظ العلماء والفلاسفة منذ القدم أن الاطراد والترتيب والتناسق والانتظام ليست قاصرة على المظاهر الكونية فقط، بل إنها تتمشى أيضا فى أعمال البشر(١)، وخصوصا فى الأعمال التى ليست عرضية بينهم. ولذلك اعتقدوا بوجود قوة تحرك العالم البشرى كما تحرك غيره، أى أن علاقاته ومعاملاته تسير على نظم وقواعد ثابتة توحى بها الطبيعة. وقد أطلقوا على هذه القواعد اسم "القانون الطبيعي". والى هنا كان القانون الطبيعي هو عبارة عن القواعد التى يسير عليها العالم فعلا. ونظرا لما فى النظم الطبيعية من الكمال فقد اتجهت أفكار الفلاسفة الى البحث عن القواعد التى تؤدى بالعالم الإنسانى الى مثل هذا الكمال، وأدى بهم هذا البحث الى تحوير فى معنى القانون الطبيعي. فبعد أن كانوا يقصدون به النظام الواقع فعلا جاء من بعدهم خلق آخر من الفلاسفة أطلقوه على "ما يجب أن يكون لا على ما هو كائن فعلا". فأصبح يقصد به ما يوحى به العقل الكامل لتوصيل العالم الى الكمال. وأصبح المرجع إذن فى القانون الطبيعي هو العقل أو وحى الضمير.

بند ١١٨ — وقد تناول القانونيون والساسة هذه الفكرة من الفلاسفة، واتخذوها أساسا لنظرياتهم ومبادئهم التى بنوا عليها ما أرادوا العالم على اتباعه من النظم. فكانت فى يد الفقهاء الرومانيين وسيلة حسنة لتقدم القانون الرومانى وجعله قانونا صالحا لحكم جميع الشعوب التى دخلت فى حوزة روما،

(*) اقرأ فى هذا الموضوع لوريمر "أصول علم القانون كما توحى بها الطبيعة" — شارمون "نهضة القانون الطبيعي" سالى — مقال فى المجلة الثلاثية سنة ١٨٩٢ ص ٨٠، دوجى "الدولة والقانون الوضعى" سنة ١٩٠١ — جودبى ص ١٢٧ — ١٣٢ — كابيتان جزء ١ ص ٣ — ٤

(١) فيكونت بريس "مقارنة فى التاريخ وعلم القانون" جزء ٢ ص ١١٥ — ١١٦

بعد أن كان قانونا غربيا خاصا بمدينة روما وحدها . ولكن هذه الفكرة نفسها كانت تختلف وجوهها باختلاف الوسط والبيئة والتعليم والعقيدة عند من تناولوها . فعند أهل الشرائع السماوية كان من الطبيعى أن يكون القانون الطبيعى هو كل ما يوحى به الدين . وعند فلاسفة القرنين السابع والثامن عشر اتخذت فكرة القانون الطبيعى أساسا للنظام السياسى الذى كان يريده كل منهم . فقد بنى كل من لوك وهوبز وروسو نظريته على القانون الطبيعى ، ووصل كل منهم إلى نظام سياسى مختلف . فلوك مثلا أيد بهذه الفكرة نظام الحكم المطلق ، وهوبز أيد نظام الحكم المقيد ، بينما استعملت فى يد روسو كوسيلة للثورة وإعلان سيادة الأمة [١] . وكذلك بنى فقهاء هذين العصرين[٢] نظرياتهم فى القانون على هذا الأساس ، إذ تصوروا وجود قواعد عامة ثابتة بسيطة تعرفها جميع الشعوب ويجب أن يسيروا عليها باعتبارها أساسا لكل قانون ، حتى القانون الوضعى Droit Positif الذى يجب ألا يخالفها . وقد كانت المادة الأولى من مشروع قانون نابليون تقضى بأنه يوجد قانون عام وثابت لا يتغير Universel et Immeuble وبأنه مصدر جميع القوانين الوضعية . وهذا القانون هو " قانون العقل الطبيعى " الذى يحكم علاقات البشر ، أى القواعد التى يوحى بها العقل . ولكن هذه المادة لم تظهر فى القانون بعد سنه لأنها شطبت منه[٣] .

بند ١١٩ — وقد اضمحلت فكرة القانون الطبيعى فى العصر الحاضر من تأثير الهجمات التى وجهها اليها أصحاب النظرية التاريخية وتطبيق نظرية التطور والارتقاء فيما يتعلق بالنظم القانونية والسياسية الحاضرة ، إذ وصفوها

---

(١) راجع كتب روسو فى "العقد الاجتماعى" ، وهوبز "ليفياثان" ، ولوك "الحكومة المدنية" ، وانظر جرين " أصول الالتزام السياسى" بند ٤٢ وما بعدها .

(٢) ولم يرد فى أقوال الفقهاء الشرعيين إشارة للقانون الطبيعى . وهم لا يعرفونه مضادا للشريعة الإسلامية لأنهم يعتبرونها كافية بأصولها لكل الأحوال بل ان معظم أحكامها مبناه العقل سواء ما تعلق منها بالفقه أو بالتوحيد .

(٣) كابيتان ص ٤ ومقالة سالى المشار اليها فى أول الكلام . وكذلك شارمون المشار اليه آنفا .

بأنها تؤدى إلى جمود القانون وعدم تمشيه مع مقتضيات الزمن والتقدم الإنسانى . ومع ذلك فقد عاد بعض الكتاب حديثا يدافع عن هذه النظرية مع تخليصها من دواعى الجمود، إذ يرون أن سبب القول بأن قواعد القانون الطبيعى تؤدى إلى الجمود هو ظنهم بأن هذه القواعد ثابتة لا تتغير . والواقع أن هذه القواعد رغم عمومها ليست ثابتة ، بل متغيرة فى محتوياتها وجزئياتها بتغير الظروف وأحوال الاجتماع . ومن هنا نشأت نظرية القانون الطبيعى المتغير الموضوع Droits Naturel à Contenu Variable . وهذه فكرة وجيهة، لأنه اذا كان القانون الطبيعى هو ما يقضى به عقل العاقل فى كل زمان ، فان عقل العاقل فى كل زمان أو بيئة يختلف حكمه على الأشياء باختلاف الظروف والبيئات . ومع ذلك فلا يزال بعض القوانين يشير إلى القانون الطبيعى باعتباره مصدرا للقانون يرجع اليه القاضى عند عدم وجود نص . ومن ذلك القانون المصرى المادتان ٣٤ ل ت م ، ١١ م م اللتان تقضيان بأنه عند عدم وجود نص فى القانون فعلى القاضى أن يحكم بمقتضى القانون الطبيعى وقواعد العدل ، وكذلك قانون محاكم الأخطاط فى المادتين ١٧ و ٢٤ والأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٧ الخاص بالنظام القضائى فى طور سيناء والقانون نمرة ٨ لسنة ١٩١٢ الخاص بالقضاء فى الواحات فانها كلها قررت أن القاضى يحكم بمقتضى قواعد العدل والقانون الطبيعى .

أما المادة ٢٩ ل ت ا فانها لم تذكر عبارة القانون الطبيعى واكتفت بعبارة قواعد العدل .

بند ١٢٠ — العدالة : على التفسير الذى قدمناه للقانون الطبيعى لا يكون هناك فرق بين قواعد العدل والإنصاف وبين القانون الطبيعى ، بل يكون كل منهما مرادفا للآخر فى هذا الصدد، إذ المرجع فى معرفة قواعد العدالة هو نفس المرجع فى معرفة قواعد القانون الطبيعى ، وهو ما يقضى به الرجل العاقل فى الظروف المطروحة أمام القاضى . وقد يقال إن لوحى الضمير فى العدالة شأنا أكبر منه فى القانون الطبيعى . ولكن يرد على ذلك بأن القانون الطبيعى نفسه يوجب العدالة فى الأحكام .

ولقواعد العدالة فى انجلترا تاريخ لا يقل أهمية عن تاريخ القانون العـام أو العادى Common Law . وقد بنيت عليها أحكام أصبحت فرعا خاصا من فروع القانون يسمونه قانون العدالة Law of Equity . .ومن قواعدهم بشأنها أنه إذا اختلف حكم القانون العـام عن الحكم الذى تقضى به قواعد العدالة الثابتة بالأحكام فحكم الأخيرة هو الذى ينفذ دون حكم القانون العام أو العادى .

٦ — التشريع Législation

بنـد ١٢١ — التشريع أهم مصدر للقانون فى العصر الحـاضر ، وخصوصا فى البلاد التى لا تعتمد فى شؤونها على الدين .

معنى التشريع ومن له حق عمله : والتشريع هو سن القوانين ، أى وضع القواعد التى تتكوّن منهـا أو تحتوى عليها . وهو من اختصاص السلطة التشريعية فى كل دولة. وتختلف هذه السلطة باختلاف شكل الدولة ونظامها الدستورى . ففى البـلاد ذات الحكومات الاستبدادية تكون السلطة التشريعيـة فى يد فرد واحد هو رئيس الدولة . وقد يحكم هذا بنفسه كما كان الحـال فى عهـد الامبراطورية الرومانية ، وفى فرنسا قبل الثورة، وفى مصر قبل أول مجلس شورى منح لها . وقد يشرك معه فى الحكم بعض الأعيان إما على هيئة مجلس للشورى أو مجلس وزراء كما كان الحال فى مصر من آخر عهد إسماعيل إلى وقت قيام النظام النيابى فى مصر .

أما فى البـلاد الديمقراطية فان السلطة التشريعيـة تكون إما بيـد الأمة نفسها فتضع قانونهـا بطريق الاستفتاء العام *Referendum* كما هى الحـال فى سويسرا ، أوكما كانت فى عهد الجمهورية الرومانية ، أو بيد الهيئات النيابية على تفاوت أسمائها وتكوينهـا . ففى مصر مثلا تتكوّن السلطة التشريعية من الملك والبرلـان بمجلسيه النوّاب والشيوخ (المـادة ٢٤) ، وفى جمهورية فرنسا تتكوّن من رئيس الجمهورية ومجلسى النوّاب والشيوخ .

وفى إنجلترا من الملك ومجلسى العموم واللوردات ، مع ملاحظة أن سلطة كل من ملك الانجليز ورئيس الجمهورية فى فرنسا محدودة جدا ، وهى بالنسبة للأول أصبحت شكلية بحتة بحكم التقاليد الدستورية الانجليزية .

بند ١٢٢ — القوانين Lois واللوائح Règlement : لا يمكن فى مصر ولا فى فرنسا أن يطلق لفظ قانون إلا على ما تسنه وتصدره السلطة التشريعية فقط . فقد قضت المادة ٢٥ من الدستور المصرى بأنه لا يصدر قانون إلا إذا أقره البرلمان وصادق عليه الملك .

المرسوم بقانون Décret-Loi : على أن السلطة التشريعية قد تكون غير عاملة أو غائبة لسبب من الأسباب ، كما لو انتهت الدورة البرلمانية وأجل انعقاد البرلمان لدورة أخرى (٤١ د ق) أو كما لو صدر أمر بحله (٤١ د ج). وقد تدعو الضرورة أثناء غيابها إلى وضع تشريع لمقابلة حالة طارئة ومستعجلة ، فلذلك رؤى من الحكمة أن يعطى الملك حق عمل التشريع اللازم وإصداره بمرسوم . وهو يعمله مستعينا فى عمله بمجلس وزرائه . والواقع أن الذى يعمل التشريع هو مجلس الوزراء طبقا لما تدعو إليه الضرورة ، ثم يعرضه على الملك للموافقة عليه وإصداره . والتشريع الصادر فى هذه الظروف لا يقال له قانون ، ولكن يقال له "مرسوم بقانون" Décret-Loi . ويعتبر المرسوم بقانون نافذا وله قوة القانون من وقت صدوره إلى أن يدعى البرلمان للاجتماع سواء فى دوره العادى ، أو فى دور غير عادى. فإذا أقره ظل نافذا ، وإذا لم يقره أصبح لاغيا وبطل ما كان له من قوة النفاذ (٤١ د ق ، ٤١ د ج) . ويلاحظ أنه يشترط فى المرسوم بقانون ليكون صحيحا ألا يكون مخالفا لأحكام الدستور الذى يستمد قوته منه .

اللوائح Règlements : ويلاحظ أن السلطة التشريعية قلما تتنزل عند وضع القوانين الى التعرض للتفاصيل الجزئية لدقيقة التى قد يتطلبها تنفيذه[1] ولذلك ترك الدستور للسلطة التنفيذية حق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ

(١) مصطفى الصادق بك ووايت ابراهيم "القانون الدستورى" ص ١٢٢ و ١٥٧

القوانين وبيان التفاصيل التى لم تتعرض لها السلطة التشريعية ، ولكن يشترط فى تلك اللوائح ألا يكون فيها ما يخالف أو يعدل نصوص القوانين التى صدرت تنفيذا لها أو يعفى من تنفيذها ، إذ من المسلم به أنه إذا ورد فى مثل هذه اللوائح ما يخالف نص القانون أو يعطل تنفيذه أو يعفى منه فان المحاكم لا يجوز لها أن تطبقها بل تعتبرها باطلة (١) .

وحق الملك ، باعتباره رئيس السلطة التنفيذية، فى إصدار اللوائح التنفيذية للقانون ثابت بنص الدستور (المادة ٣٧) ، ولا يحتج لمنعه من إصدارها بعدم نص القانون عليه . وتصدر مثل هذا اللوائح بمرسوم Décret .

بند ١٢٣ — وزيادة على ما تقدم قد تفوض السلطة التشريعية ، ولو فى حالة قيامها ، إلى هيئة أخرى ثانوية حق عمل التشريع اللازم فى حالة معينة . فقد تنيب مثلا مجلس الوزراء بإصدار لائحة أو قرار Arrêt تفسيرا لقانون أو تمهيدا له كانابة البرلمان لمجلس الوزراء فى إصدار لائحة الجمارك فى ١٩٣٠/٢/١٦ ، وعلى الهيئة المفوضة فى إصدارها أن تراعى نص القانون الذى تستمد تفويضها منه وتتقيد به .

بند ١٢٤ — وتوجد بجانب السلطة التشريعية هيآت أخرى ثانوية كمجالس البلديات والمديريات والمجالس المحلية والقروية ، وهذه تستمد سلطتها فيما تضعه من اللوائح أو القرارات إما من الدستور نفسه أو من تفويض عام من السلطة التشريعية الرئيسية (المادتين ١٣١ ، ١٣٣ د) . وقد لا يكون لهذه الهيآت القول الفصل فيما تصدره إلا بعد إقراره من الجهة المختصة كوزير الداخلية مثلا بالنسبة لقرارات المجالس المحلية (قارن المادة ١٣٣) . وقد يكون لها حق إصدارها بنفسها .

بند ١٢٥ — كيفية التشريع : تقترح الحكومة مشاريع القوانين Projets de Lois بعد أن تكون قد حضرتها لجانها المختصة ، كاللجنة

---

(١) دوجى " دروس القانون العام " Principe de Légalité ص ٢٧٣ وما بعدها . ومع ذلك قارن كتاب حديث لا يو ديوا ريشارد " التنظيم الفنى للدولة " .

التشريعية بوزارة الحقانية و بلجنة قلم قضايا الحكومة ، وأعطتها الصيغة القانونية . وكذلك لأعضاء مجلسى البرلمان حق اقتراح Proposition مشروعات القوانين . وفى كلتا الحالتين يعرض المشروع أو الاقتراح على البرلمان أى على المجلسين فيحيله على لجنة من لجانه لتبحثه وتقدم تقريرا عنه . ويناقش المشروع بعد ذلك مادة مادة و بعد الموافقة عليه من المجلسين يصدق عليه الملك و يصدره فيصبح بالإصدار قانونا نافذا .

بند ١٢٦ — التصديق والإصدار والنشر : نصت المادة ٣٤ د على أن الملك يصدق على القوانين و يصدرها ، ونصت المادة ٢٥ د على أنه لا يصدر قانون إلا إذا أقره البرلمان وصدق عليه الملك . ومن هاتين المادتين نرى أن هناك فرقا بين التصديق على القانون La Sanction و إصداره La Promulgation .

فالتصديق هو قبول الملك للقانون بعد موافقة البرلمان عليه ، وهو جزء مهم جدا من التشريع [1] ومتمم له ، بحيث لو لم يصدق الملك على القانون فلا يوجد القانون . وقد خلط بعضهم فى تفسير التصديق فسمى موافقة البرلمان على مشروع القانون تصديقا عليه ، وهو ما يجب الحذر منه ، لأن موافقة البرلمان على مشروع القانون تسمى إقرارا له وليست تصديقا (المادة ٣٥ د) . ومع ذلك فتصديق الملك على القانون قد يستغنى عنه إذا استعمل [2] حقه فى الاعتراض عليه Droit de Veto وأصر البرلمان عليه فى دور انعقاد آخر بأغلبية ثلثى الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين أو بالأغلبية المطلقة فيما لو حل وأعيد انتخابه (٣٦ د ج وقارن بتفصيل مختلف ٣٦ دق) .

---

(١) دكتور سيد صبرى "رسالة فى السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ص ٥٦" باريس ١٩٣٠

(٢) وكذلك بحسب الدستور القديم (مادة ٣٥) اذا لم يرد القانون للبرلمان مصدقا عليه فى ظرف شهر فان عدم رده فى الميعاد يعتبر تصديقا عليه من جانب الملك ، ولذلك يجب إصداره ونشره للعمل به . أما بحسب الدستور الجديد (مادة ٣٥) فان عدم رد القانون فى ظرف شهرين يعتبر رفضا للتصديق عليه .

بند ١٢٧ — أما الإصدار فهو النتيجة الحتمية للتصديق على القانون . وهو يستفاد من صدور مرسوم من الملك بالتصديق عليه وتنفيذه ونشره للعمل به . ويوقع على هذا المرسوم رئيس مجلس الوزراء والوزراء المختصون بتنفيذه . والإصدار، خلافا للتصديق، ليس عملا تشريعيا ، وإنما هو من الأعمال التنفيذية للقانون ، أو على الأقل مقدمة للتنفيذ ، أو على رأى بعضهم ، شهادة رسمية بأن القانون تم سنه وأصبح موجودا للعمل به . ويظهر اعتبار الإصدار عملا تنفيذيا من مقارنة المادتين ٢٥ ، ٣٤ بالمادتين ٢٦ ، ٣٦ دستور .

بند ١٢٨ — النشر Publication : لا يكفى لسريان القانون على الناس أن يتم سنة وإصداره بواسطة الهيئات المختصة ، لأننا علمنا أن الناس مكلفون بالعلم بالقانون ، ولا يتسنى لهم ذلك إلا إذا نشر عليهم ليطلعوا على ما فيه .

فالنشر إذن هو إعلان القانون وإذاعته بين الناس بواسطة جريدة معدة لذلك من جانب الحكومة ، وهى الوقائع الرسمية "Journal Officiel". ولذلك نص فى المادة ٢٦ د على أن القوانين تعتبر نافذة فى جميع القطر المصرى بإصدارها من جانب الملك . ويستفاد هذا الإصدار من نشرها فى الجريدة الرسمية . وتنفذ فى كل جهات القطر من وقت العلم باصدارها .

ولما كان من الضرورى مرور وقت بين الإصدار وبين وصول خبره إلى علم جميع الناس ، لذلك نص فى هذه المادة أيضا على أن القوانين تعتبر «معلومة فى جميع القطر المصرى بعد نشرها بثلاثين يوما» . ولكن الظروف قد تستدعى إطالة هذا الميعاد أو تقصيره ، ولذلك نص فى هذه المادة أيضا على جواز قصر الميعاد أو مده بنص صريح فى تلك القوانين .

بند ١٢٩ — التشريع بالنسبة للأجانب : من سوء حظ مصر أن سلطانها غير تام فى بلادها ، حتى بغض النظر عن وجود الاحتلال الأجنبى . ولا شأن لى هنا بسلطانها السياسى . إنما أقصد سلطانها من الوجهة القضائية . فانه مكبل بقيود ثقيلة تجعل الكلام عليه غير جدى لدرجة كبيرة ، وذلك على الأقل بالنسبة للأجانب التابعين للدول الموقعة على المعاهدات التى أضرت

بنا تسميتها باسم الامتيازات . والذى يهمنا هنا هو أن القوانين المصرية لا تسرى على هؤلاء الأجانب إلا بقيود تنحصر ، تارة ، فى وجوب أخذ موافقة الدول التى هم تابعون لها ، وطورا ، فى وجوب أخذ موافقة جمعية خاصة فى محكمة الاستئناف المختلطة . وللدول أيضا حق الاعتراض على ماتقبله هذه الجمعية من القوانين فى بحر مدة معينة . وتارة أخرى تنحصر فى وجوب أخذ موافقة هذه الجمعية مكونة بشكل آخر .

بند ١٣٠ — فأما الأحوال التى يجب فيها أخذ موافقة الدول على ما يصدر فى مصر من القوانين ليسرى مفعولها على الأجانب فهى :

(١) حالة تعديل لائحة ترتيب المحاكم المختلطة التى تعتبر دستور هذه المحاكم المتفق عليه بين مصر والدول .

(٢) حالة إلغاء أو تعديل حق مكتسب لأجنبى إما بناء على المعاهدات (الامتيازات) أو على العادات المرعية ، كفرض ضريبة عليه لم توافق عليها الدولة التى هو تابع لها من قبل أو تخرق حرمة مسكنه . واذا نفذت الحكومة القانون عليه رغم المعارضة عرضت نفسها لدعوى تعويض ثقيلة ولاحتجاجات سياسية غير منقطعة من جانب الدولة صاحبة الشأن .

بند ١٣١ — وأما الأحوال التى يكتفى فيها بأخذ موافقة الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة فهى كل الأحوال الأخرى عدا ما تقدم ، وعلى الخصوص حالة القوانين التى يراد بها تعديل نص من نصوص القوانين المختلطة أو حذفه أو الإضافة اليه وكذلك لوائح مخالفات البوليس .

فاذا أرادت الحكومة سن قانون يترتب عليه تعديل نص قانون مختلط أو حذفه أو الإضافة اليه وجب عليها أن تعرض هذا القانون على الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة . والجمعية فى هذه الحالة تتكون من جميع مستشارى المحكمة ، ويضم اليهم أقدم قاض ممثل لكل دولة ليس لها مستشار فى محكمة الاستئناف . ويشترط ألا يقل عدد أعضاء الجمعية عن خمسة عشر عضوا . وإذا غاب مستشار حل محله أقدم قاض من جنسيته وتصدر القرارات بأغلبية ثلثى الآراء .

فاذا وافقت الجمعية على القانون فانه لا ينفذ إلا بعد ثلاثة شهور يعرض فى خلالها على الدول صاحبة الامتيازات . فاذا اعترضت إحداها عليه يعرض القانون مرة أخرى فى نهاية هذه المدة على الجمعية، فاذا أقرته الأغلبية المطلوبة نفذ بعد نشره فى الجريدة الرسمية وإلا سقط (١٢ م م) .

وقد جرت العـادة بألا يعرض القانون المراد سريانه على الأجانب على الجمعية المذكورة إلا بعد إصداره بواسطة السلطة التشريعية ونشره . ويظل القانون نافذا بالنسبة للأهالى فقط الى أن توافق عليه الجمعية المختلطة مكونة بالشكل المتقـدم فيسرى على الأجانب أيضا . وفى هذه الحالة لا يعـاد نشره ، بل يكتفى بالإشارة فى الجريدة الرسمية إلى حصول الموافقة عليه من الجمعية المذكورة ويذكر فى هذه الاشارة تاريخ الموافقة . وبهذا أفتت لجنة قلم قضايا الحكومة مجتمعة [١] .

بند ١٣٢ — وإذا كان المراد سريانه على الأجانب هو لائحة من لوائح مخالفات البوليس فالحكومة مخيرة بين عرض هـــذه اللائحة على الجمعية المذكورة آنفا ، أو عليها مكونة بشكل آخر يقتصر فيه على مستشارى محكمة الاستئناف المختلطة أنفسهم ، ولا يضم اليهم أقدم قاض كما سبق . وليس للدول فى هذه الحالة حق الاعتراض . وكل ما للجمعية من حق فى مناقشة اللائحة هو أن تفحصها، فاذا وجدت أنها لا تنص على عقاب أكثر من عقاب المخالفة وأنها لا تمس حقا مكتسبا لأجنبي وأنها سارية على الوطنيين والأجانب على حد سواء ولا تفرق بينهم فى المعـاملة أجازتها وإلا رفضتها . ولا شك فى أن هذه الطريقة أسرع من المذكورة فى الحالة السابقة ، وتلجأ اليها الحكومة بالطبع فى مثل هذه الأحوال .

---

(١) الفتوى نمرة ٤٩١ بتاريخ ٢٦ اكتوبر سـنة ١٩٢٤ وكانت بخصوص القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٤ الذى صدر ونشر قبل أن يعرض على الجمعية العمومية للمحكمة المختلطة للموافقة على المـادة ٤ منه . ولمـا وافقت عليها الجمعية رأت اللجنة عدم جواز نشره مرة أخرى اكتفاء بالطريقة التى أشرنا اليها فى الشرح .

بند ١٣٣ — تسمية القوانين : تعرف القوانين فى مصر بنمر مسلسلة لكل سنة ، فيقال مثلا: القانون نمرة ٢ لسنة ١٩٢٦ وهكذا . ولكن هذه فى الغالب تستعمل فقط بالنسبة للقوانين المفردة التى تصدر تعديلا أو حذفا أو إضافة لمجموعة من مجموعات القانون . أما مجموعات القوانين التى تتكلم على طائفة برمتها من طوائف المعاملات فتستمد اسمها من طبيعة هذه المعاملات، كالقانون المدنى ، والقانون التجارى ، وهكذا . وقد يطلق على القانون ولو كان مفردا اسم خاص لظهوره ، كقانون الشفعة ، وقانون الجامعة ، وقانون الصيدلة ، وقانون المطبوعات ، وهكذا .

جمع القانون Codification أو تجميعه

بند ١٣٤ — يطلق بعضهم [1] على هذا المعنى لفظ تقنين. وقد يكون مصيبا إذا كان يقصد به وضع القواعد القانونيـة فى صيغة مواد ، وحينئذ لا يكون هناك فرق كبير بينه وبين التشريع . أما إذا كان الغرض هو جمع مواد القانون وترتيبها وتبويبها وإخراجها للناس فى شكل مجموعة Code ، أى قانون جامع لأحكام طائفة معينة من طوائف المعاملات، كمجموعة القانون المدنى أو التجارى ، فان عبارة الجمع أو التجميع [2] فى اللغة العربية تقابل تمـاما لفظ Codification الإفرنجية . ولا عبرة بقول هـذا البعض إن اللغة العربية تضيق عنها خصوصا بعد أن وجد هو نفسه أن اللفظ العربى الذى يقابلها هو التقنين وإن كان هذا خطأ .

بند ١٣٥ — وليس التجميع مصدرا قائمـا بذاته للقانون ، وإنمـا هو طريقة لتقريب المعرفة بالقانون الى الناس وجعلها فى متناول أيديهم بدون عناء. وقد اختلف على فائدتها وضررها من جهة تأثيرها فى نمو القانون وتقدمه. فمنهم من ادعى أنهـا تؤدى إلى جمود القانون ، لأن القضاة يتقيدون بالنص

(١) صفوت ص ١١٧

(٢) وقد يؤدى هذا المعنى أيضا لفظ (تدوين) مصدر دوّن. ولكن يخشى أن يفهم منه أن المراد هو إثبات نص القانون بالكتابة ، وهو غير المقصود.

المكتوب امامهم ، خلافا لما إذا كانت القواعد القانونية غير مجموعة فى شكل مواد ، فان القاضى يكون له الحرية فى التوسيع والتضييق فى تفسيرها حسب العرف وحاجة الزمن ، و يصبح القانون بذلك مرناصالحا لكل زمان. وقد يكون هذا اعتراضا ، لا على التجميع ، بل على التشريع أو التقنين ، لأنه هو الذى يحصر القواعد فى شكل مواد . ثم إن الواقع يكذب ذلك. فكثير من القوانين المجموعة فى مختلف البلاد تراها فى تقدم وتطور مستمر ، سواء بسبب أحكام القضاة أو نشاط السلطة التشريعية نفسها .

إلغاء القوانين ونسخها Abrogation des Lois

بند ١٣٦ — الفرق بين الإلغاء والنسخ : إلغاء القانون هو إبطال مفعوله صراحة Abrogation Expresse ونسخه هو بطلانه ضمنا Abrogation Tacite.

وقد عرفنا ، عند الكلام على تفسير القانون ، أنه إذا تعارض نصان أو قانونان فاللاحق منهما ينسخ السابق ، ولولم يكن منصوصا على ذلك فى القانون اللاحق . وهذا هو النسخ . و يلاحظ أن النسخ أو الإلغاء لا يأخذ حكمه إلا من تاريخ وقوعه ، أخذا بقاعدة عدم الاستناد ، ما لم ينص القانون اللاحق على غير ذلك .

واذا كان من الضرورى أن يكون الإلغاء صريحا فمعنى ذلك أن القانون لا يلغى بترك العمل به أو عدم تطبيقه لمدة طويلة Désuétude . وقد يلغى القانون إذا كان محددا لسريانه مدة معينه ، كالأحكام المؤقتة فى كثير من القوانين ، مثل المادة ٢٠/١٠ ت ا م التى أوجبت على كل تاجر متزوج وقت صدور القانون التجارى إعلان مشارطة زواجه فى ظرف سنة من تاريخ نشر ذلك القانون . و بما أن القانون التجارى المختلط نشرفى سنة ١٨٧٥ والأهلى فى سنة ١٨٨٣ فحكم هذه المادة أصبح لاغيا بعد انقضاء السنة الأولى

من تاريخ نشر كل منهما . ومن ذلك أيضا الأحكام الخاصة بالعثمانيين في المرسومين بقانون الجنسية المصرية الصادرين في سنتي ١٩٢٦ و ١٩٢٩

ويلغى القانون أيضا بإلغاء موضوعه . كالمواد الخاصة بالأطيان الخراجية في مصر فانها أصبحت لاغية بإلغاء نظام الخراج . ويلاحظ أن إلغاء القوانين لا يكون إلا من السلطة التي أصدرت القانون أو من سلطة أعلى منها لا دونها فالقانون لا يلغيه إلا قانون مثله (مادة ٤ ل ت ا)، ولا تلغيه لائحة . ولكن اللائحة يلغيها قانون صادر من السلطة التشريعيــة أو لائحة مثلها صادرة من السلطة التي أصدرتها .

بند ١٣٧ — إلغاء العادة أو العرف وهــل يلغيان القانون المسنون ؟ العادة والعرف ينسخ كلاهما بعادة أو عرف لاحق مخالف لها في الحكم . وكذلك تلغى العادة أو العرف بقانون يصدر بالغائها . ولكن هل تلغى العادة أو العرف القانون ؟ إن العادة إن لم تستقر وتصبح عرفا لا يمكن أن تلغى نص القانون (٤ ل ت ا) إذا كان القانون متعلقا بالنظام العام ولم يكن من القوانين الاختيارية . أما اذا كان من القوانين الاختيارية فقد عرفنا أن للخصوم مخالفتها بمقتضى الاتفاق . ولا فرق في ذلك بين الاتفاق الصريح ، كما هو الحال في المشارطات التي يعقدها الخصوم على خلاف القانون صراحة ، وبين الاتفاق الضمني . وقد عرفنا أن العادة المتبعة في تجارة معينة أو في جهة معينة تعتبر شرطا ضمنيا في اتفاقات الخصوم ويسرى حكمها رغم مخالفتها للنص . ولكن هل هذا معناه إلغاء للقانون ؟ لا بالتأكيد . وإنما هو مجرد مخالفة لحكمه مسموح بها طبقا للقواعد العامة مع بقاء حكمه قائما .

إن الصعوبة ليست في هذا ، بل هي في معرفة هل ينسخ العرف القديم الثابت نص القانون اذا كان قد تكون على خلافه بمرور الزمن ؟ اختلف الشراح في هذه المسألة ، وحكمت المحاكم في فرنسا بأن العرف التجاري يلغى القانون.

أما فى مصر فان نص المـادة ٤ ل ت ا صريح فى أن القانون لا يلغيه إلا قانون آخر ينص فيه على إبطال الأول[١].

(١) ومع ذلك فتوجد أمامنا أمثلة كثيرة على عرف وعادات مرعيـة تخالف القوانين حتى المتعلقة بالنظام العام وتنفذ دونها ، بل هناك من نصوص القانون ما يقضى بتقديم العرف الثابت عليهـا وعدم جواز مخالفته ، وعلى الخصوص فيا يتعلق بالامتيازات الأجنبية والحقوق المكتسبة للأجانب بناء على العرف والعادات المرعية (١ ع ا ، ١٥٤ دستور). فمثلا عدم خضوع الأجانب الممتازين لاختصاص المحاكم الأهلية فى الجرائم منشؤه العرف خلافا للمعاهدات والقوانين ومثله عدم خضوعهم فى مصر للضرائب. وقد كان هناك قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ (١٠ يونيه سنة ١٨٦٧) ، الذى أجاز للأجانب امتلاك العقارات فى مصر بشرط أن يدفعوا الضرائب العقارية من أى نوع كانت وبأى اسم سميت وأن يخضعوا لاختصاص المحـاكم المصرية فى جميع الدعاوى العقارية حتى التركات. ولكن العرف تكوّن على خلاف ذلك القانون لدرجة أن الحكومة لم تستطع أن تفرض عوائد المبانى على الأجانب الا بموافقة الدول موافقة جديدة. ولمـا أرادت الحكومة سنة ١٩٢٩ حل الخلاف الواقع بين المحاكم الأهلية والمختلطة على الاختصاص بالنسبة للأجانب غير المتمتعين بالامتيازات الأجنبية وجعلهم خاضعين للمحاكم الأهلية من طريق تعديل المـادة ١٥ من لائحة ترتيب هذه المحاكم بحيث يشملهم اختصاصها ، جاءت المحاكم المختلطة وقضت فى نفس القضية التى كانت سببا فى التعديل المذكور بأن النص المعدل نفسه قرر بأن حكمه لا يسرى فى حالة وجود عادات مرعية تخالفه ؛ وبأن من العادات المرعية فى هـــذه المسألة خضوع الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات للمحاكم المختلطة فى المسائل المدنية ! فهل يمكن الرد على هذه الاعتراضات بأن العرف فيها مرده فى الواقع إما الى نص القانون ، كما هى الحال بالنسبة للأجانب المذكورين ، أو الى تأويل أو استنتاج من روح التشريع وظروفه ؟

الباب الثانى

فى نظرية الحق — أو الحقوق والواجبات*

Théory of Legal Rights and Duties
Droits Subjectifs.

تمهيد

بند ١٣٨ — لفظ الحق يرد فى الاستعمال العادى بمعان مختلفة، فقد يراد به الصواب أو المعقول، فيقال: إنك على حق أو على صواب أو لك حق فيما تقول أو أن رأيك معقول. و يقول العامة فلان «حقانى» نسبة للحق، أى أنه طاهر الذمة لا يأكل أموال النـاس بالباطل ، ولا يقر الزور . ومن هنا يرد الحق بمعنى ضد الباطل . وهو بهـذا المعنى قريب من المعنى القانونى ، لأن القانون هو عبارة عن القواعد التى تبين ما للإنسان من الحقوق وما عليه من الواجبات . فمن تصرف بمقتضى القانون ولم يخالفه كان محقا ، ومن خالفه كان مبطلا .

* راجع فى هذه النظرية دوجى "دروس" ص٥٣ — ٥٤ ، وميشو "الشخصية الاعتبارية" طبعة سنة ١٩٠٦ — ١٩٠٧ ص٩٩ — ١٠٥ ، واهرنج "روح القانون الرومانى" ترجمة مولينير سنة ١٨٧٧ ص ٣٢٦ . و يلاحظ أن هذه النظرية تثير جدلا عنيفا بين الكتاب ، لا على ماهية الحق ، فقط بل على تصور وجوده أيضا ، وعلى الأساس الذى يبنى عليه إن وجد . فمن قائل بأنه هو الإرادة Volonté يتسلط بها شخص على آخر ، ومن قائل بأنه المصلحة Intérêt يحميها القانون ، ومن قائل بأنه الإرادة والمصلحة مجتمعتين . ومنهم من ينكر وجود ما يسـمى (حق) كما ينكر إمكان تصوره ، و يرى أن القانون لا يعطى حقوقا لأحد قبل أحد وإنما يحمى مواقف أو أوضاعا قانونية Situations Juridiques معينة (دوجى ص ٤٩ — ٧٢) .

ومن ذلك نرى أن الحقوق ومايقابلها من الواجبات هي موضوع القواعد القانونية أو موضوع القانون . وكما أن القانون قد يكون أخلاقيا أو أدبيا أو دينيا أو طبيعيا فكذلك الحقوق التي هي موضوعه تستمد صفتها منه . وكلامنا هنا مقصور فقط على الحقوق والواجبات التي يهتم بها القانون بالمعنى الصحيح أو بعبارة أخرى، الحقوق والواجبات القانونية التي هي موضوع القانون الوضعي .

وقداستعملت كلتا اللغتين العربية والانجليزية كلمات مختلفة تعبر بها عن كل من الحق والقانون، وهي الحق Right والقانون Law . أما في الفرنسية فكلمة Droit تستعمل في المعنيين ، أي يعبر بها عن الحق وعن القانون في آن واحد. لذلك اضطروا في فرنسا، تمييزا للمراد منهما عند التعبير بها، أن يضيفوا إليها لفظ Objectif عند مايراد بها القانون، ولفظ Subjectif عند ما يراد بها الحق . ويقابل الواجب بالانجليزية Duty وبالفرنسية Devoir

تعريف الحق وأركانه وماهيته

بند **١٣٩** — التعريف والأركان : الحق هو سلطة يقرها القانون لشخص في الحصول على شيء أو في الاحتفاظ به قبل شخص أو أشخاص آخرين[١]، ويحميها بالقوة .

ومن ذلك نرى أولا أنه لا يوجد حق قانونا إلا اذا أقرته وبينت حدوده قاعدة قانونية. ولا بد لوجود الحق من توافر الأركان الآتية وهي :

أولا — طرفان : أحدهما له الحق Sujet actif ، وآخر أوآخرون يستعمل ضدهم الحق، أو بعبارة أخرى يقع عليهم الواجب المقابل له Sujet passif

---

(١) يعرف كاپيتان ص (١٠١) الحق بأنه سلطة تمكن الفرد من قضاء مصلحة ، ويرى أن هذه النظرية تقتضي إمكان إجبار الناس بالقوة على احترامها اذا أنكروها أو عطلوا استعمالها ، وبعبارة أخرى الحق هو سلطة يحميها القانون . دوجي (دروس القانون العام ص ٦٦)

ويجب فى كل منهما أن يكون إنسانا ، لأن الحيوان والجماد لا يمكن أن يكون لها حقوق أو تقع عليهما واجبات . بل هما فى الغالب محل الحق . وليس من الضرورى أن يكون كل منهما فردا ، بل قد يكون صاحب الحق أو من عليه الواجب المقابل له جماعة من الناس أو هيئة معترفا بوجودها ، كشخص اعتبارى كما سنرى .

ثانيا — محل الحق : لا بد للحق من محل Objet يقع عليه ، وهو الشىء الذى يستعمل صاحب الحق فيه حقه أو تحصر فيه مصلحته . وقد يكون هـذا الشىء ماديا ، كالأرض والمنزل والسيارة ، أو معنويا ، كشرف الإنسان وحريته . وقد يكون الإنسان محلا للحق كالرقيق والزوجة .

بند ١٤٠ — ثالثا — ماهية الحق والغرض منه : أما عن ماهية الحق نفسه فهى السلطة التى يقرها القانون لصاحبه ، سواء على الشىء محل الحق أو فيه . ويحمى القانون بالقوة صاحب الحق فى استعمال سلطته من تعرض الآخرين . وقد تنحصر هـذه السلطة فى مجرد استعمال الشىء أو التمتع به والتصرف فيه دون أن يكون لأحد حق الاعتراض عليه . وفى هذه الحالة يتكون الحق من بعض أعمال يجريها صاحب الحق على الشىء أو فيه تحت حماية القانون ، ويتكون الواجب المقابل له من مجرد امتناع الغير عن التعرض له . وقد تنحصر فى أن يكون لصاحب الحق تكليف من عليه الواجب المقابل له بالقيام بعمل معين ، كحق صاحب المنزل الذى استأجر عاملا لترميمه فى مطالبة هذا الأخير بالترميم ، فيتكون الحق هنا من المطالبة بالعمل ، ويتكون الواجب من أداء العمل إما طوعا أو كرها . وكذلك المقرض له حق مطالبة المقترض بالوفاء . وبناء على ما تقدم يمكننا أن نقول إن الغرض من الحق هو عمل شىء أو الامتناع عنه .

بند ١٤١ — رابعا — أسباب الحق : هى التصرفات التى يقرها القانون ، كالبيع والشراء ، وكذلك الحوادث التى يترتب عليها أثر قانونى معين ، كالوفاة ، وبلوغ سن الرشد ، ووضع اليد ، ومضى المدة ، والجوار .

بند ١٤٢ — ومما تقدم نرى أن الكلام على نظرية الحق ينقسم بطبيعة الأمور إلى الأقسام الآتية وهى :

(١) تقسيم الحقوق .

(٢) الأشخاص الطبيعيين أو الأفراد والأشخاص الاعتباريين باعتبارهم أصحاب الحقوق أو متحمليها .

(٣) الأشياء ، أو بعبارة أخرى الأموال ، التى هى محل للحقوق .

(٤) أسباب اكتساب الحقوق وانتقالها وانعدامها .

الفصل الأوّل

تقسيم الحقوق وأنواعها

بند ١٤٣ — كما أن القانون يمكن تقسيمه من وجوه مختلفة ، كذلك الحق يمكن تقسيمه من وجوه عدة ، فتارة يقسم باعتبار صاحبه الذى يتمتع به ، وتارة باعتبار من يقع عليه الواجب المقابل له ، وطورا باعتبار طبيعة السلطة التى يتكون منها الحق أو نوع الطلب الذى يترتب عليه لصاحبه قبل غيره ، وطورا آخر بحسب طريقة تنفيذه أو الوصول اليه .

وأهم الأقسام الشائع استعمالها هى :

بند ١٤٤ — أولا — الحقوق العامة والحقوق الخاصة : هذا القسم يماثل تقسيم القانون إلى عام وخاص، وهو مبنى على صفة الأشخاص أصحاب الحق. فالحقوق العامة Droits Publics هى التى تثبت للانسان بصفته إنسانا، أى عضوا فى المجتمع البشرى . كحقه فى الحياة ، وفى صيانة شخصه وسمعته، وفى الكلام والمشى، وغير ذلك مما تجمعه كلمة "الحرية الشخصية"[١]. وإنما سميت هذه الحقوق عامة لأنها يشترك فيها الناس عموما أى جميعا. أما الحقوق الخاصة Droits Privés فهى ما تترتب للفرد كنتيجة لمعاملاته مع أقرانه ، كحق الأجير فى أجرته، والبائع فى ثمن ما باعه، والمشترى فى ملكية ما اشتراه.

وقد يقصد بالحقوق العامة تلك الحقوق التى تستعملها الحكومة باعتبارها صاحبة الولاية العامة[٢] على الأفراد ، كحق تحصيل الضرائب وحق توقيع

---

(١) كاپيتان مقدمة القانون المدنى طبعة ٣ ص ٨٩ وجودبى ص ٢٥٣

(٢) هولند ١٢٤ — ١٢٥ ، و بعضهم (كاپيتان "شرح القانون المدنى" جزء ١ طبعة ٤ ص ١٠١) يعتبر الحقوق السياسية فى ناحية وغيرها من الحقوق فى ناحية أخرى، و يسمى ما عدا السياسية بالحقوق المدنية Droits Civils، ثم يقسم هذه الحقوق الى حقوق كامنة فى شخص الإنسان وهى الحقوق العامة بالمعنى الذى ذكرناه أولا فى الشرح أو كما يسميها هو Droits de l'homme ، والى حقوق مالية Droits du Patrimoine .

العقاب، وحق تجنيد الناس للدفاع عن سلامة الدولة. فيكون الحق العام هنا هو ما قرره القانون العام ، والحق الخاص هو ما قرره القانون الخاص . أى أن تقسيم الحق على هذا الاعتبار يستمد من تقسيم القانون الى عام وخاص .

وبعضهم يستعمل لفظ الحقوق العامة أيضا للدلالة على الحقوق التى تثبت للانسان، لا بصفته إنسانا فقط ولا كنتيجة لمعاملته مع غيره، بل لكونه عضوا فى مجتمع سياسى معين أو ، بعبارة أوضح ، باعتباره رعية دولة معينة كحق الاشتراك فى إدارة شؤون الحكومة فى بلد من البلاد ، وعلى الخصوص حق تولى الوظائف العامة وحق الانتخاب والترشيح للهيئات النيابية والبلدية وما شابهها. ولا نزاع فى أن هذه الحقوق عامة من جهة كونها تتعلق بادارة المصالح العامة. ولكنها ليست عامة بمعنى أنه يشترك فيها عموم الناس، لأنها مقصورة على فريق من الأشخاص تتوافر فيهم شروط معينة . ولذلك جرى العمل على تسميتها باسم الحقوق السياسية Droits Politiques تمشيا مع الغرض منها وتمييزا لها عن الحقوق العامة من ناحية والخاصة من ناحية أخرى .

بند ١٤٥ — ثانيا — الحقوق المطلقة Droits Absolus والنسبية Droits Relatifs [1] : هذا التقسيم مبنى على صفة من عليه الحق أو الواجب المقابل له . فالحق المطلق هو ما يثبت ضد جميع الناس Opposable à tous أى ضد العامة بدون تعيين شخص معين منهم، كحق الشخص فى سمعته الذى يقتضاه يجب على كل إنسان ألا يتعرض لها . وكذلك حق الملكية الذى بموجبه يكون للشخص أن يتمتع بملكه ويتصرف فيه دون تعرض من غيره .

أما الحق النسبى فهو الذى يثبت قبل شخص معين ، كحق المستخدم فى تقاضى مرتبه من مخدومه ؛ وحق المؤجر فى الأجرة قبل المستأجر .

---

(١) كابيتان ص ١٠١ — وفى انجلترا يستعملون لفظ Right in rem للحق المطلق و Right in personam للحق الشخصى أو النسبى (جودبى ص ٢٥٤) .

بند ١٤٦ — ثالثا — الحقوق العينية Droits Réels والحقوق الشخصية Droits de Créance : فالأولى هى ما تثبت لصاحبها فى عين معينة بالذات ، ويكون له بمقتضاها حق الأولوية والتقدم على غيره فى الحصول على هذه العين Droit de Préférence وحق تتبعه Droit de Suite واسترداده ممن هو تحت يده أيا كان ، كحق الملكيــة فى منزل معين أو فى ســيارة معينة . وهذا الحق يثبت قبل جميع الناس كالحقوق المطلقة . ولذلك كثيرا ما يخلط بينهما الكتّاب .

أما الحق الشخصى فهو الذى يثبت قبل شخص أو أشخاص معينين ، ولا يكون موضوعه عينا معينة بالذات ، كحق الدائن فى استيفاء دينه من مدينه . ولذلك كثيرا ما خلطه الكتّاب أيضا بالحق النسبى .

بنـد ١٤٧ — رابعا الحقوق المـاليـة[1] Droits du Patrimoine والحقوق العائلية Droits de Famille : والأولى هى التى لها قيمة مالية وتكوّن جزءا من ثروة الإنسان Son Patrimoine ، كحق الملكية وحق الدائن فى استيفاء دينه وحق المؤلف فى طبع ونشر كتابه ، أما الثانية فهى الحقوق الناتجة من الأحوال الشخصية أو التى تمس شخص الإنسان وليس لها قيمة مالية فى ذاتها ، كحق الزوج أو الزوجة أحدهما قبل الآخر ، وكسلطة الوالد على ولده وحق الولد على أبيه .

أقسام أخرى للحقوق *

بنـد ١٤٨ — الحقوق الذاتية Antécédent والوصفية Remédial : وبعضهم يسميها الغائية والوسلية[2] ، لأن الأولى هى ما كانت غاية

(١) سالموند ص ٢١٠ ويقسم كابيتان (ص ١٠١) الحقوق المـالية الى ثلاثة أقسام : عينية وشخصية والحقوق الأدبية كحق المؤلف فى كتابه ولكنا لا نرى فائدة هذا التقسيم الثلاثى

* هذه الأقسام شائع استعمالها عند الانجليز انظر جودبى ص ٢٥٩ — ٢٦٠

(٢) انظر فى الاصطلاح الانجليزى هولند ص١٤٤ — ١٤٥ ، وفى العربى صفوت ص٢٢٨

فى ذاتها أو ، بعبارة أخرى ، هى الحقوق الموضوعية . والأخرى ماتقررت كوسيلة لحمايتها أو لجزاء اعتداء الغير عليها . فحق الإنسان فى سمعته حق ذاتى أو غائى يتمتع به الإنسان باعتباره غاية فى ذاته . ولكن إذا اعتدى عليه أحد بأن قذفه أو سبه ينتج من ذلك للمعتدى عليه حق جديد، هو حقه فى طلب التعويض من المعتدى . وليس هـذا الحق مقصودا لذاته بل هو وسيلة لحماية الحق الأول .

بند ١٤٩ — الحقوق التامة والناقصة[١] : فالحق التام Parfait هو ما كان مكفولا بدعوى تؤيده . والحق الناقص Imparfait هو ما لم يكن مكفولا بدعوى، أى أن المشرع يعترف به ولا ينفذه . والحقوق فى الغالب تامة . ولكنها قد تفقد هذه الصفة إذا لم يطالب بها زمنا طويلا يظن معه أن صاحبها تنازل عنها ، كالدين الذى سقط بمضى المدة ، فانه يظل دينا أو التزاما طبيعيا Obligation naturelle فى ذمة المدين لاتبرأ ذمته منه عدلا إلا إذا دفعـه . ولكنه مع ذلك لا يمكن أن يجبر على دفعـه قانونا ، فاذا طالبه به الدائن أمام المحاكم وتمسك هو بمضى المدة فان المحكمة لا تقضى به للدائن .

بند ١٥٠ — الحق الأصلى والحق التبعى[٢] : الحق الأصلى Droit Principal هو ما لايترتب وجوده على وجود حق سابق، كحق الملكية، والحق التبعى Accessoire هو ما ترتب وجوده على وجود حق سابق ، كحق الرهن، فانه تابع للدين المضمون بالرهن أى تابع لحق الدائن فى مطالبة المدين بالدين . والحق التبعى يسير مع الحق الأصلى وجودا وعدما . ففى المثال الأخير إذا برئت ذمة المدين من الدين سواء بدفعه أو بإبرائه منه أو بغير ذلك سقط الرهن تبعا له .

---

(١) سالموند ص ٢٠١ .

(٢) فارن كابيتان ص ١٠٢ — ١٠٥

بنـد **١٥١** — وأخيرا بالنظر إلى الغرض من الحق قد يكون إيجابيا Positive Right اذا كان الغرض منه فعل شيء أو تسليمه . وقد يكون سلبيا[1] Negative اذا كان الغرض منه الامتناع عن فعل شيء .

بند **١٥٢** — ومن مقارنة الأقسام المتقدمة، سواء ما كان منها شائعا استعماله وما لم يكن، نرى أن الحق الواحدقد يدخل فى أقسام متعددة بتعدد وجهة النظر إليه. فحق الارتفاق حق عينى، لأنه يتعلق بعين معينة بالذات . وقد يكون إيجابيا كحق الجـار فى المرور على أرض جاره ، وقد يكون سلبيا كالتزام الجار بعدم إقامة بناء ملاصق لمنزل جاره أو عدم العلو به بعد ارتفاع معين . وحق الانتخاب حق سياسى أو عام ، وهو أيضا حق شخصى ، لأنه يتعلق بشخص الإنسان، وهو أيضا مطلق لأنه يثبت قبل كل الناس .

ولهذا السبب يصعب ترتيب الحقوق فى جدول على اعتبار أن بعضها متفرع عن بعض إلا مع التجاوز عن تدخل الأقسام بعضها فى بعض ، وهو ما يؤدى إلى الاضطراب وتهويش الذهن .

---

(١) سالموند ص ٢٠٤ — ٢٠٥

الفصل الثانى

طرفا الحق

الأشخاص PERSONNES

بند ١٥٣ — الشخص هو ما كان أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات [1] التى يقرها القانون . فليس الشخص دائما هو الإنسان كما نراه ، لأن الرقيق لا يعتبر شخصا ، بل يعتبر شيئا أو مالا يباع ويشترى. ويوجد للآن بلاد لايزال الرق فيها جائزا كالحبشة . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فالقانون يعترف بنوع من الأشخاص ليس لهم وجود يشبه وجود الإنسان ، إذ لا يعتبرون أشخاصا إلا حكما فقط ، ويطلق عليهم فى القانون اسم الشخص المعنوى أو الأدبى أو الاعتبارى .

بند ١٥٤ — أقسام الأشخاص : مما تقدم نرى أن الشخص الذى له أن ينتفع بالحق وعليه أن يتحمل الواجب على نوعين وهما :

أولا — الشخص الحقيق Réelle أو الطبيعى Physique وهو الإنسان أو الفرد L'individu .

ثانيا — الشخص الأدبى أو الاعتبارى أو القانونى Personne morale, Fictive, ou Juridique.

١ — الشخص الحقيقى أو الطبيعى

بند ١٥٥ — ليس للشخص حقوق ولا يتحمل واجبات إلا أثناء حياته . ومبدأ الحياة الولادة . ومع ذلك ففى الشريعة الإسلامية وكذلك فى بعض الشرائع الأجنبية كالقانون الفرنسى (المادتين ٧٢٥ ، ٩٠٦ مدنى) يعترف للجنين ببعض الحقوق ، وهى التى تؤول اليه بالإرث أو بالهبة

[1] انظر پلانيول جزء ١ بند ٣٦٢ وما بعدها .

أو بالوصية بشرط أن يولد حيا أو يخرج الجزء الأكبر منه حيا (٦٣١ق ح ش) فى الشريعة الإسلامية [1] ، وبحالة يرجى منها بقاؤه حيا أيضا فى القانون الفرنسى [1]. وكذلك يكون له جنسية على بعض الآراء .

وإذا كان الشخص يعتبر أهلا لاكتساب الحقوق من وقت الولادة أو أثناء الحمل ، فان أهليته لتحمل الواجبات لا تثبت إلا بادراكه معنى التصرفات وإلا كان إلزامه بها عبثا. وقوة الإدراك تتوقف على السن والتكوين الطبيعى. وتختلف المدة التى تنضج فيها أو تعتبر ناضجة باختلاف البلاد والأزمان. ففى مصر مثلا يعتبر الشخص تام الأهلية إذا بلغ السنة الحادية والعشرين من عمره (مرسوم المجالس الحسبية لسنة ١٩٢٥ مادة ٢٩) ، ويسمح له ببعض تصرفات من قبيل إدارة أمواله إذا بلغ الثامنة عشرة . وفى بعض البلاد تعتبر سن الرشد ٢٤ سنة أو ٢٥ سنة أو أكثر أو أقل . على أن الشخص يؤاخذ على تصرفاته الجنائية قبل بلوغه هذه السن بكثير وبمجرد ثبوت تمييزه . والتمييز يكون بوصوله سن السابعة (المادة ٥٩ ع أ)، ولكن مع تخفيف العقوبة لغاية سن السابعة عشرة فقط . وهو مسئول مدنيا فى ماله عن الأعمال التى تضر بالغير. ويشترك معه وليه الذى هو تحت سلطته فى هذه المسئولية . هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يكون الشخص بالغا سن الرشد ولكنه غير مميز، كالمجنون، فلا يحاسب على أعماله الجنائية التى حصلت منه فى وقت جنونه، وتكون تصرفاته المدنية باطلة ، ويقام عليه قيم يدير شؤونه المالية بالنيابة عنه . ومثله المحجور عليه للسفه .

---

(١) وعلى ذلك فالولد الذى تموت أمه قبل انتهاء الحمل أى قبل انفصاله ، أو الذى يولد بحالة لا تسمح ببقائه حيا بعد انفصاله لا يرث (بلانيول جزء ١ ص ١٤٥) . أما فى ألمانيا فيكفى أن يعيش الولد ولو مدة وجيزة بعد انفصاله (مادة ١ من القانون المدنى الألمانى) . وفى إيطاليا يفترض أنه قادر على الحياة مادام ولد حيا (مادة ٧٢٥ م) .

بند ١٥٦ — ويجب أن يكون لكل انسان اسم وحالة شخصية وجنسية وموطن . والاسم معروف[1] . أما الحالة الشخصية فهى صفة يترتب عليها آثار قانونية وتثبت للانسان إما بعوامل طبيعية ، كالبلوغ والعته والجنون والذكورة والأنوثة ، وإما بعوامل اجتماعية يترتب عليها آثار قانونية ، كالزواج الذى ينتج منه القرابة والنسب . فكون الشخص طويلا أو قصيرا لا يعتبر من الأحوال الشخصية فى عرف القانون ، إذ لا أهمية لذلك فى القانون . أما كونه أبا أو ابنا بالغا أو قاصرا عاقلا أو مجنونا فيعتبر ، لأن كل صفة من هذه الصفات لها آثارها فى القانون .

أما الجنسية فهى تبعية الشخص لدولة معينة . وهى إما أصلية تكتسب وقت الولادة ، أو لاحقه تكتسب بعدها . وفى مصر تكتسب الجنسية الأصلية إما بناء على النسب ، أو بناء على مكان الولادة ، بمعنى أن الولد يكون مصريا إذا كانت جنسية أبيه مصرية وقت الولادة ، وقد يكتسب الجنسية المصرية لأنه مولود بمصر ، وذلك إذا كان أبوه مولودا بها هو أيضا وينتمى بجنسه لبلد غالبية أهله لغتهم العربية أو دينهم الاسلام "راجع كتابنا فى الدولى الخاص جزء ١ ص ٢٥٣ ومرسوم الجنسية سنة ١٩٢٩ مادة ١" أما الجنسية اللاحقة فتكتسب إما بتجنس الأجنبى بها ، أو بزواج الأجنبية من مصرى فتصبح مصرية أو بضم إقليم مسكون إلى أرض مصر فيصبح أهله مصريين . وتفقد بمثل هذه الأسباب فى وضع عكسى .

وأما الموطن فهو البلد الذى يقيم فيه الإنسان على وجه الدوام ، وإن لم يكن موجودا فيه بالفعل فى وقت من الأوقات ، أو الذى يكون فيه مركز أعماله . وموطن الشخص يكتسبه إما وقت ولادته وهو موطن أبيه ، أو بعدها وهو

---

(١) يلاحظ أن اسم العائلة مشترك بين أفرادها لا خاص بأحدهم . ويأخذ الولد اسم أبيه الذى يذكر بعد اسمه مباشرة وقبل اسم العائلة . ويلاحظ أن الزوجة فى مصر لا تأخذ اسم زوجها على الأقل بحسب الشريعة الإسلامية . ويقيد اسم الطفل فى دفتر المواليد مع جميع البيانات الدالة على جنسه وجنسيته وتاريخ ميلاده وغير ذلك طبقا لقانون المواليد والوفيات الصادر فى سنة ١٩١٢ ، ويلاحظ أن ألقاب الشرف المنعم بها من رئيس الدولة ليست وراثية فى مصر ، فابن الباشا أو البك ليس له لقب أبيه الا اذا أنعم به عليه شخصيا من رئيس الدولة .

البلد الذى يختاره بعد بلوغه سن الرشد للإقامة فيه مع نية البقاء فيه على الدوام " كتابنا فى الدولى الخاص جزء ١ ص ١٥٠" .

وليس من الضرورى أن يكون لكل شخص دين . ومع ذلك فالغالب أن يأخذ الشخص دينا معينا من وقت الولادة ، أو بعدها باعتناقه له . وفى مصر يأخذ الطفل دين الأفضل من أبويه ، فاذا كان الأب مسلما كان أولاده مسلمين إلى أن يغيروا دينهم بعد البلوغ باختيارهم " كتابنا فى الدولى الخاص جزء ١ ص ٥٣٩ — ٥٤٠ " .

وكل من هــذه الأمور يتوقف عليها طائفة من الأحكام القانونية . فعلى الدين فى مصر تتوقف أحكام أحوال الإنسان الشخصية ، كصحة أو بطلان زواجه وطلاقه وحقوقه فى الإرث وغير ذلك . وعلى جنسيته تتوقف حقوقه السياسية ، فالأجنبى مثلا فى مصر ليس له حق الانتخاب للمجالس النيابية ، ولا تجوز توليته وظيفة حكومية الا فى أحوال استثنائية يبين شروطها وحدودها القانون . وعلى موطنه يتوقف بعض حقوق أخرى كمعرفة المحكمة التى يقاضى أمامها أو التى تعلن اليه فى دائرتها الأوراق القضائية والتى يستعمل فيها حقوقه الانتخابية .

بند ١٥٧ — وتنتهى حياة الشخص الحقيقى بوفاته وفاة حقيقية أى بموته . وكانت هناك بعض نظم تشبه بالموت الحقيقى ما يسمونه الموت المدنى[1] Mort Civile ، كالمحكوم عليهم من الكنيسة بالطرد أو بالحرمان . ولكن هذا النوع من الموت أصبح لا أثر له فى كل البلاد المتمدينة تقريبا ، وليس له أثر قانونا فى مصر .

---

(١) كان قانون نابليون ينص على هذا النوع من الموت ويرتب عليه توزيع تركة المحكوم عليه به وحل عقدة الزوجية بينه وبين امرأته وحرمانه من الحقوق السياسية والحقوق المدنية (مادة ٢٥) . ولكنه ألغى بقانون ٨ يونيه سنة ١٨٥٠ و ٣١ مايو سنة ١٨٥٤ . والموت المدنى غير معروف فى الشريعة الإسلامية اللهم الا أن تقرب منه حكم المرتد عن دين الإسلام ، ومع ذلك فالفرق عظيم .

٢ — الشخصية الاعتبارية*

بند ١٥٨ — رأينا أن الشخص فى نظر القانون لا يتحتم أن يكون إنسانا ، فقد يقر القانون بوجود الشخصية ولو لم يكن هناك بالفعل شخص طبيعى تنسب اليه . وهذا ما يفعله القانون عند مايجد نفسه أمام جماعة من الأشخاص يجمعهم غرض أو صالح مشترك يعملون له أو مجموعة من الأموال مخصصة لمثل هذا الغرض ، فيرى من المناسب أن ينظر اليهم لا باعتبارهم أفرادا بل باعتبارهم مجموعا مستقلا ، أى كما لو كان يتكوّن من هذا المجموع فرد أو شخص مستقل عن كل منهم على انفــراد . شخص يولد ويفنى ويكتسب الحقوق ويتحمل الواجبات التى لاتختلف فى طبيعتها عن تلك التى يكتسبها أو يتحملها الأفراد الطبيعيون وإن اختلفت فى بعض وجوه تطبيقها. وعلى ذلك يبيح القانون للمجموع باعتباره شخصا أن يَملك ويُملك ، ويتعاقد فى حدود أهلية معينة ، ويخطئ ويلتزم بتعويض الضرر الناشئ عن خطئه أو إهماله . ويعاقب القانون هذا المجموع أيضا فى حدود الإمكان .

هذه هى فكرة الشخصية الاعتبارية أو كما يسميها بعضهم المعنوية أو الحكمية أو القانونية La personnalité morale fictive ou juridique

وهذا هو المقصود بالشخص الاعتبارى أو المعنوى أو الحكمى أو القانونى

وليس القانون وحده هو الذى ينظر الى جماعات الأشخاص اذا تكوّنت لعمل أو غرض مشترك بهــذه النظرة ، لأن الجمهور كثيرا ما يسبق المشرع الى النظر اليها على الاعتبار المذكور ، فاذا رأى عددا من التجار يتفقون على ضم رؤوس أموالهم فى شركة والمضاربة بها لمصلحة مجموعهم تكلم عنها باسم الشركة ، فيقول الشركة فعلت أو سوّت ولم تفعل ولم تسوِّ ، ويندر أن يتكلم

---

* راجع ميشو المشار اليه آنفا وسالى فى الشخصية الاعتبارية (١٩١٠) وكابيتان ١ ص ٦٥٣ وما بعدها . وبلانيول ١ ص ٩٨٤ وما بعدها . وجودبى ص ٢٨١

عن أحد من الشركاء بأنه فعل أولم يفعل، اذا كان الفعل صادرا منه لحساب المجموع ومصلحته . وكذلك اذا تكونت جمعية لغرض غير الربح كجمعية الإسعاف أو جمعية المواساة أو الجامعات أو المعاهد العلميـة ، وكذلك الحكومة وفروعها فانه يتكلم عنها بأسماء المجموع لا بأسماء من يتكوّن منهم .

بند ١٥٩ — أساس الشخصية الاعتبارية : توجد فى هذا الموضوع ثلاث نظريات[1] : الأولى[2] — وكانت السائدة الى عهد قريب جدا — مضمونها أن الشخصية الاعتبارية فكرة وهمية، إذ لا يوجد فى الواقع شخص مستقل عن مجموع الأفراد الذين يتكوّن منهم الشخص الاعتبارى . وإنما ابتدع المشرع هذه الفكرة ليسهل تطبيق القواعد القانونية على المعاملات التى يدخل فيها المجموع والتى تهمه لا أحد أفراده فقط . مثل كيفية إعلانه بالدعاوى التى ترفع ضده أو أو محاكمته على ما يرتكبه من المخالفات مثلا . وهذه النظرية هى التى كانت سائدة فى انجلترا وفرنسا فى القرن التاسع عشر .

أما النظرية الثانية[3] فهى أن الشخص الاعتبارى له وجود حقيقى كوجود الأفراد الذين يتكوّن من مجموعهم . وهذه النظرية ألمـانية النشأة ، وقال بها جيركه ، إذ يرى أن الشخص الحقيق يتكوّن منهـم وأن الإرادة هى إرادة المجموع التى تتجه اتجاها معينا تحت تأثير الأعضاء الذين يتكوّن منهم ونفوذهم ومباحثاتهم . خذ مثلا القرار الذى يصدر من مجلس إدارة جمعية أو شركة أو مصلحة حكومية ، فانه لا يمكن نسبته إلى كل عضو على حدة ، بل الى المجلس كوحدة .

---

(١) كابيتان ص ٦٦١ — ٦٦٧

(٢) وأول أنصارها سافينى الألمـانى المشهور ، وكذلك يقول بها بيكر الألمـانى أيضا . وبها يقول ايضا ميشو الفرنسى فى كتابه الشخصية المعنوية . وقد أخذها عن بيكر (اقرأ فيهـا دوجى دروس ص ١٠١ — ١٠٥)

(٣) قال بها العلامة الألمـانى جيركه (انظر بلانيول بند ٣٠١٧ ودوجى ص ١٠٦) وتبعه فيها من الفرنسيين هوريو و Mestre فى رسالته عن قانون عقوبات الأشخاص الاعتبارية .

أما النظرية الثالثة[١] فيقول بها بعض الحديثين من الكتاب الفرنسيين . وهى تتلخص فى أن الشخصية الاعتبارية لا وجود لها وأن فكرتها لا لزوم لها ، لأنها تخالف الحقيقة وتجعلنا نرى فى الشركة المكونة من ثلاثة أشخاص أربعة بدلا من ثلاثة الذى هو الواقع ، وأن الشخصية المعنوية ليست فى الواقع سوى بدعة كلامية لبيان كيفية تطبيق قواعد القانون المشبعة بروح الفردية فى أحوال تكون فيها الملكية أو الثروة مشتركة بين عدة أشخاص فيعاملهم القانون كأنهم شخص واحد .

١٦٠ — آثار الشخصية المعنوية : يترتب على الاعتراف بالشخصية المعنوية من الآثار ما يأتى :

أولا — أن تكون حقوق الشخص الاعتبارى وواجباته مستقلة ومنفصلة عن حقوق وواجبات الأفراد الذين يكونونه . فاذا كون ا ، ب ، حـ شركة للاتجار فى الحبوب وقدم كل منهم ١٠٠ جـ م كحصة فى رأس المال أصبحت الـ ٣٠٠ جـ م رأس مال للشركة لا لأحدهم . واذا استأجرت الشركة محلا لإيداع الحبوب فيه فتجب الأجرة على الشركة لا على أحد الشركاء ، وإذا باعت شيئا كان لها وحدها أن تطالب بثمنه دون أحد الشركاء . مثال آخر : اذا ساهمت فى بنك مصر بعدد من الأسهم فلا تكون مسئولا عن تصرفات بنك مصر وانما هو الذى يسأل عنها : واذا نزعت الحكومة ملكية قطعة أرض لتنشئ عليها محطة سكة حديدية مثلا كان على الحكومة واجب تعويض مالكها لا على وزير المواصلات شخصيا وهكذا .

---

(١) قال بهذه النظرية مورر الألمانى وتبعه فيا بلانيول (بند ٣٠١٧) وبارتليمى الفرنسيين . ومع ذلك فالمتأمل فى كلام هؤلاء يرى أنهم لا يختلفون عن رأى أصحاب النظرية الوهمية كثيرا (دوجى ص ١٠٥) . وللأستاذ دوجى رأى خاص يفهم اذا لاحظنا أنه لا يعترف بما يسمى (حق الفرد) ، وأنه يسميه موقفا قانونيا أو خاصة قانونية ، وكذلك بالنسبة للأشخاص الاعتباريين فانه يقول بعدم وجود شخص ، ولكن بوجود عدة أشخاص ينتج من إجماعهم على مصلحة لهم "موقف مشترك" Situation collective .

ثانيا — يترتب على الشخصية الاعتبارية إمكان مقاضاة الشخص الاعتبارى على استقلال مرة واحدة فى شخص مديره أو من ينوب عنه من أعضائه الذين يتكون منهم . ولولا ذلك لكان من الواجب أن ترفع دعاوى متعددة بقدر عدد هؤلاء الأعضاء من أجل الأمر الواحد .

ثالثا — الشخص الاعتبارى دائم ويظل فى معظم الأحيان قائما ولو تغير الأفراد الذين يتكون منهم . فالحكومة تظل موجودة ولو تغير رئيسها وموظفوها من آن لآخر ، والبنك الأهلى كذلك يظل موجودا ويمثل فكرة دائمة ولو تغير المساهمون والمديرون باستمرار .

بند ١٦١ — كيف يوجد الشخص الاعتبارى وكيف يفنى : يختلف الشخص الاعتبارى عن الحقيقى فى كيفية وجوده وفنائه ، فالشخص الحقيق حياته تنحصر بين الميلاد والوفاة . فكلاهما لا دخل لارادته فيهما . أما الأشخاص الاعتبارية فانها لا توجد الا برضا الأعضاء المكونين لها باتفاقهم على تكوينها طبقا للأوضاع التى يقرها القانون. وقد يتطلب القانون صدور مرسوم بتكوينها كما هى الحال فى شركات المساهمة . وتارة يتكون بناء على امتياز يمنح له . وفى بعض البلاد يتطلب القانون عمل تصريح بأن الشخص الاعتبارى تكوّن لمنفعة عامة Déclaration d'utilité publique كما هى الحال فى فرنسا .

ويفنى الشخص الاعتبارى أيضا بارادة الأشخاص المكونين . له فتنتهى الشركة باتفاق الشركاء ، أو بانقضاء مدتها ، أو بانتهاء مدة الامتياز أو سحبه. وفى حالة الأشخاص الاعتبارية العامة كالدولة فانها تفنى بالأسباب المعروفة فى القانون الدولى العام والتى ستعرفونها تفصيلا فى السنة الرابعة .

بند ١٦٢ — أهلية الشخص الاعتبارى : هذه يحددها أولا الغرض الذى من أجله أنشئ الشخص الاعتبارى . فاذا كان جمعية فالقانون الذى أنشأها يبين ما يمكنها وما لا يمكنها عمله ، واذا كانت شركة خاصة فعقد الاتفاق على تكوينها يبين الغرض منها وحدود أهليتها للتصرف . فاذا كان التصرف

فى غير الحدود المرسومة بالاتفاق أو القانون يقال عنه إنه يخرج عن سلطة الشخص الاعتبارى *ultra vires* ويقع باطلا .

هذا عن أهلية الشخص الاعتبارى. أما مسئوليته فتحددها طبيعته. وذلك لأننا قلنا إن الفكرة السائدة فى الشخص الاعتبارى أنه شخص وهمى ، وحتى على اعتبار أنه شخص حقيقى فان ارادته تختلف عن ارادة أفراده ، لأنها ليست إلا اتجاها لا يمكن نسبته لأحد أعضائه بالذات . وانما تنتج من التأثير الذى يحدثه أحدهم أو بعضهم بنفوذه أو بخبرته فى بقية الأعضاء أو من مباحثات مشتركة بينهم . ولا تظهر أهمية هذه الفكرة كثيرا فى المعاملات المدنية ، لأن هذه المعاملات تنفذ فى صالح الشخص الاعتبارى أو ضده أى أنه مسئول عنها ما دامت فى حدود سلطته أو أهليته التى يملكها تبعا لطبيعته أو للغرض منه وطبقا للقانون أو الاتفاق الذى أنشأه. ولكن أهميتها تظهر بالنسبة للمسئولية الجنائية . إذ كيف يمكن توقيع العقاب على شخص لا وجود له ؟ إن طبيعة الشخص الاعتبارى وطبيعة ارادته تجعل من الصعب تحقيق الركن المعنوى فى الجريمة . واذا أمكن فى بعض الأحوال نسبة نية الاجرام اليه فلا يمكن توقيع العقاب الجسمانى عليه [١]. نعم إن المحاكم [٢] قضت بامكان معاقبة المدير المسئول عن تصرفات الشخص الاعتبارى جنائيا على ما يقع منه قصدا أو إهمالا من الأعمال التى تدخل تحت طائلة قانون العقوبات ، وكذلك معاقبة العمال أو الموظفين الذين يقومون بهذه الأعمال أو ينفذونها . ولكن المدير ليس هو الشخص الاعتبارى . أما العقاب المالى كالغرامة والمصادرة فيمكن توقيعه طبعا على أموال الشخص الاعتبارى ، كما يمكن جعله مسئولا مدنيا عن تعويض الضرر الذى يصيب الغير من جراء تقصيره أو إهماله .

---

(١) ومع ذلك انظر (Mestre) المشار اليه فى هامش سابق .

(٢) حكم النقض الفرنسى المنشور فى المجلة القضائية سنة ١٩٣٢ والمشار اليه فى مذكراتنا فى القانون التجارى للسنة الثانية ص ٩٣ فقد قضت فيه بمعاقبة مدير شركة مياه فى احدى المدن الفرنسية لاهماله الذى تسبب عنه تلوث المياه و إصابة السكان بأمراض معدية .

بند ١٦٣ — أنواع الشخص الاعتبارى[1] : الأشخاص الاعتبارية إما عامة كالدولة والحكومة وفروعها مثل الوزارات المختلفة والجامعة Personnes morales de droit publique ، وإما خاصة De Droit Privé وهذه إما أن تكون مكونة بقصد الربح أو الكسب المالى كالشركات Sociétés ، وهى إما شركات مدنية Sociétés civiles ، وهى ما كان الغرض منها القيام بأعمال مدنية كشركات استغلال الأراضى ، أو تجارية Sociétés commerciales وهى ما كان الغرض منها القيام بأعمال تجارية . والشركات التجارية إما شركات أشخاص Sociétés de personnes أى تتكون من أشخاص معروفين بعضهم للبعض ويكونونها على أساس الثقة المتبادلة بينهم ، بحيث لو حصل خطأ فى شخص الشريك أبطلت الشركة ولو توفى حلت . وإما شركات أموال Sociétés de Capitaux وأهمها شركات المساهمة Sociétés Anonymes وهى تتكون من أعضاء مساهمين شخصياتهم غير معتبرة أساسا للدخول فى الشركة فلا يؤثر تغييرهم أو موتهم فى وجودها .

وقد تكون الأشخاص المعنوية مكوّنة لا بقصد الكسب بل بقصد ترقية المصالح الاجتماعية أو الأدبية أو الدينية أو السياسية وما أشبهها ، وهى الجمعيات Associations على اختلاف أنواعها كالجمعيات الخيرية للتعليم والجمعيات الدينية للتبشير والأحزاب السياسية وهكذا .

---

(١) . كابيتان ص ٦٦٧ — ٦٦٩

الفصل الثـالث

محل الحق

الأشياء والأموال*

بند ١٦٤ — رأينا عند تعريف الحق أنه لا بد له من محل يشغله . وقلنا إن محل الحق هو الأشياء Choses والأموال Les biens .

بند ١٦٥ — تعريف الشيء والفرق بينه وبين المـال : الشيء في الأصل هو كل ما يدركه الحس [١] غير الانسان ، أو هو كل ما له حيز فى الوجود من جماد أو حيوان. ولكن القانونيين كما توسعوا فى استعمال لفظ "الشخص" كذلك توسعوا فى استعمال لفظ الشيء فأطلقوه على معانى لا تدرك بالحس ، كالسمعة والاعتبار، وعلى مجرد الحقوق بصرف النظر عن محلها، كحق الدائن فى المطالبة بدينه ، إذ يعتبرون حق المطالبة ذاته شيئا . وكذلك مجرد الامتناع عن عمل يعتبر شيئا ، يمكن أن يكون حقا لشخص يجب فى ذمة آخر .

بند ١٦٦ — أما المـال فهو كل شيء قابل لانتفاع الشخص به وتملكه [٢] أى الاستئثار به دون غيره من الناس. ومن ذلك يرى أن معنى المـال أخص من معنى الشيء ، وأن معنى الشيء أعم من معنى المـال . فليس كل شيء

* بلانيول ص ٦٨٩ وما بعدها — كابيتان ص ٦٧٤ وما بعدها — جوسران ص ٣١١ وما بعدها .

(١) قارن أوستن ص ٣٦٨

(٢) انظر بلانيول ص ٦٨٩ بند ٢١٧ — هالتون ص ٥ ومادة ١ من مرشد الحيران لقدرى باشا .

مالا(١) فالميتة فى جميع الشرائع ليست مالا مع أنها شىء . ويستثنى من الميتة فى الشريعة الاسلامية وفى غيرها أيضا السمك ، فانه مال يصح الانتفاع به وتمليكه وامتلاكه . والخمر والخنزير لا يعتبران مالا فى الشريعة الاسلامية. فلا يصح الانتفاع بهما ولا امتلاكهما للسلمين ، ومع ذلك إذا أهلك أحدهم شيئا منهما لذمى وجب عليه ثمنه وكذلك الهواء الطلق والماء الجارى فى البحار لا يعتبران مالا . لأنهما إن صح الانتفاع بهما لكل الناس ، فليس لأحد منهم أن يتملكهما ويستأثر بهما دون غيره(٢) . والأشياء التى يشترك جميع الناس فى الانتفاع بها من غير أن يكون لأحدهم تملكها دون الأكثرية يسمونها Choses Communes . وهى بطبيعة الحال ليست محلا لحقوق أو واجبات يلتزم بها شخص قبل آخر ، ولا تكوّن جزءا من ثروة الانسان Son Patrimoine أى " مجموع ما يملك من الأموال أو الحقوق وما عليه من الواجبات أو الديون التى يمكن تقديرها بالنقود"(٣) .

تقسيم الأشياء والأموال

بند ١٦٧ — تنقسم الأشياء مبدئيا الى أشياء قابلة للتملك Susceptible d'être appropriées وغير قابلة للتملك Non susceptible à être appropriées ou non appropriées ، وقد عرفنا مما تقدم أن الأخيرة لا تعتبر مالا ، ولا تكون جزءا من ثروة الانسان ، وليست محلا للحقوق أو الواجبات . واذا استثنينا هذه الطائفة من الأشياء فان عبارتى الأشياء والأموال تصبحان مترادفتين . أى أن الأشياء القابلة للتملك هى بعينها المعروفة فى القانون باسم الأموال . ولذلك فالتقسيمات الآتية تنصرف الى الأشياء والأموال فى آن واحد .

---

(١) بودرى لاكنتيرى وشوفو بند ١٠ ومع ذلك اذا استعمل انسان بعض أجزاء الميتة فى الصناعة مثلا صح اتجاره بها كاستعمال جلد الحيوان فى صناعة الغرابيل وحوافره فى الغراء .

(٢) ومع ذلك فمن وضع يده على كمية منها وأحرزها أصبحت ملكا له وحده .

(٣) راجع فى معنى الثروة وأجزائها التى تتكوّن منها بلانيول ص ٦٧٧ — ٦٨٨

الأقسام الرئيسية

بند ١٦٨ — أولا — بالنسبة لطبيعة الأشياء أو الأموال يمكن تقسيمها من وجهين :

فيمكن تقسيمها أولا إلى أشياء حسية Corporelles وأشياء معنوية أو غير حسية Incorporelles — فالحسية هي الأشياء المادية التي تشمل حيزا من الفراغ . والمعنوية هي الحقوق[1] التي للانسان في هذه الأشياء أو في معنى معين. فالأرض والنبات والحيوان والنقود أشياء أو أموال حسية. وحق الانتفاع بهذه الأشياء وحق المساهم في الشركة وحق المؤلف في كتابه وحق صاحب الاختراع في المكاسب التي يدرّها وحق التاجر في الاسم التجاري تعتبر أشياء أو أموال غير حسية أو معنوية . وليس لهذا التقسيم أهمية الآن ، إلا من جهة أن الأموال المادية وحدها هي التي يمكن وضع اليد عليها قانونا ، وأنها وحدها هي التي يمكن حماية وضع اليد عليها بدعاوى وضع اليد . وكذلك هي وحدها التي يمكن أن تطبق بالنسبة لها قاعدة "وضع اليد في المنقول سند الملك " En fait de meuble la possession vaut titre — أي أن هذه القاعدة لا تسرى إلا على المنقولات المادية (هالتون ص ٨) .

بند ١٦٩ — ويمكن تقسيمها ثانيا إلى عقار Immovable, Immeuble ومنقول Movable, Meuble . والعقار هو المال الثابت بأصل خلقته أو بصنع صانع ، أو هو مالا يمكن نقله أو تحويله بدون تلف [2] ، مثل الأرض

---

(١) ومع ذلك فهم يقولون إن حق الملكية لا يدخل في الحقوق المعنوية . وما ذلك الا لأنه يستغرق كل المنافع الاقتصادية للشيء الذي وقع عليه فيختلط به أي بالشيء المادي نفسه بحيث يصعب التفريق بين الشيء وحق الملكية فيه (كابيتان ص ٦٧٥) . وبذلك جرى الاستعمال العادي اذ يقول الانسان عن بيت يملكه " هذا بيتي " ولا يقول عادة لي حق الملكية في هذا البيت . ومع ذلك فهذا الكلام لا يقنعنا تماما لأن الشيء وحدة منفصلة عن الملكية . وحق الملكية فيه ليس مطلقا للنهاية (جودبي ص ٣٠٣) .

(٢) هذا هو تعريف الامام مالك للعقار أخذ به القانون المدني المصري (١/١٥ م ا م) (الشيخ أحمد أبو الفتح بك المعاملات الشرعية ص ٢٩) .

والمنزل . والمنقول هو ما يمكن نقله وتحويله بدون تلف كالحيوان والنقود والحبوب . وقد يجد المشرع فائدة من اعطاء بعض المنقولات حكم العقار ، وعلى الخصوص المنقولات الملحقة بالعقار أو المثبتة فيه إذا كان لا يمكن استغلاله أو الانتفاع به بدونها ، كالآلات الزراعية والماشية بالنسبة للأرض الزراعية وكالعدد والآلات الميكانيكية بالنسبة للصانع . وفى هذه الحالة تعتبر المنقولات الملحقة بالعقار لفائدته واستغلاله "عقارا بالتخصيص Immeuble par destination [1] .

وهذا التقسيم يسرى سواء بالنسبة للأشياء المادية أو المعنوية[2] ، بمعنى أن الأشياء المادية ليست وحدها التى تنقسم الى عقار ومنقول . بل كذلك الأشياء المعنوية أيضا أى مجرد الحقوق . فالحقوق العينية ، كحق الملكية والارتفاق والانتفاع والرهن إذا كان موضوعها عقارا تعتبر حقوقا عقارية ، وإذا كان موضوعها منقولا تعتبر حقوقا منقولة . ولهذا التقسيم أهمية كبيرة على الخصوص من جهة نقل الملكية . فملكية العقار والحقوق العينية فيه لا تنتقل الآن حتى بين المتعاقدين إلا بتسجيل العقد الناقل لها (م ١ من قانون التسجيل رقم ١٨ ، رقم ١٩ لسنة ١٩٢٣) ، أما المنقول فتنتقل ملكيته بين المتعاقدين بمجرد الاتفاق .

ويلاحظ أن وضع اليد بحسن نية فى حالة المنقول يفيد الملك En fait de meuble la possession vaut titre وأنه فى العقار لا يفيده . والعقار وحده قابل لأن يترتب عليه حق ارتفاق أو رهن تأمينى . والدعوى فى العقار ترفع لمحكمة محل وجوده ، أما فى المنقول فلمحكمة موطن مالكه . والشفعة pré-emption لا تجوز إلا فى العقار فقط . وفى الأصل لا يصح نزع الملكية للمنفعة العامة إلا فى العقارات . ويهم أخيرا تمييز العقارات من المنقولات لأن المعاملات المتعلقة بالعقار لا تعتبر أعمالا تجارية ، ولا تسرى عليها أحكام القانون التجارى ، ولأن المعاملات التجارية قاصرة على التعامل فى المنقولات فقط .

(١) القانون المدنى ٤/١٨م ام .

(٢) قارن القانون المدنى ٣/١٥م ام .

بند ١٧٠ — ثانيا — تقسيم الأموال بالنسبة للنفعة المخصصة لهـا .
ويمكن تقسيم الأموال من هـذه الوجهة إلى خاصة Biens Privés وعامة Biens Publiques [1] .

فالأموال الخاصة هي المخصصة للنفعة الخاصة ، سواء أكان المـالك آحاد الناس أى الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية خاصة كانت كالشركات أم عامة كالحكومة . ومن مميزات هـذه الأموال أنها تكون مملوكة لصاحبها ملكا تاما له حق التصرف المطلق فيها واستعمالها والانتفاع بهـا فى حدود القيود الموضوعة لذلك قانونا .

والأموال الأميرية الخاصة أو أملاك الميرى الحرة Domaine Privé de l'Etat تعتبر من هذا القبيل فالحكومة بيعها وتأجيرها كما يفعل الأفراد تماما .

أما الأموال العامة فهى ما كانت مخصصة لمنفعة عامة أى لمصالح الدولة كالقلاع والترع والسكك الحديدية . ويسمونها فى العادة أملاك الميرى العامة Domaine Publique de l'Etat رغم أنها ليست ملكا للحكومة ، ولا يمكنها التصرف فيها ، لا بالبيع أو غيره ؛ ولا يجوز الحجز عليهـا ، ولا يجوز للأفراد أن يمتلكوها بوضع اليد عليها فى المدة القانونية . ولكن اذا أصبحت هـذه الأموال غير صالحة للغرض منها أى لخدمة المنفعة العامة التى خصصت لها فيجوز للحكومة التصرف فيها بعد اتخاذ الاجراءات المقررة فى القانون المـالى لاخراجها من أملاك الميرى العامة الى أملاكه الخاصة Déclassement .

بند ١٧١ — ثالثا — تقسيم الأموال بالنسبة لمالكها وسلطته عليها :
يمكن تقسيم الأموال من هذه الوجهة الى مباحة Biens Libres ومملوكة Biens Milks ou appropriés وموقوفة Biens Wakfs .

فالأولى هى القابلة للتملك ولم يمتلكها أحد بعد ، كصيد البر والبحر ، أى الطير فى الهواء والسمك فى المـاء . وحكم هذه أنها تصبح مملوكة لأول من يستولى عليها . ومن هذه أيضا الأشياء التى استغنى أو تخلى عنها مالكها

[1] انظر فى هذا التقسيم كابيتان ص ٧٠٥ وما بعدها وبلانيول ص ١٠٠٦ وما بعدها .

Choses abandonnées لا لشخص معين ، كمن يلق رداء أو حذاء قديمـا في جهة منقطعة أو فى الشارع إن أمكنه .

والثانية هى مايملكها شخص معين باحدى طرق اكتساب الملكية المقررة فى القانون، فيكون له وحده حق التصرف فيها واستعمالها أو الانتفاع بها دون غيره .

والثالثة هى الأموال التى حبسها صاحبهـا عن تمليكها لأحد من العباد ورصد منفعتها على جهة بر لاتنقطع . وقد يتصدق بالمنفعة من أول الأمر على جهة البر فلا يكون لأحد غيرها حق الانتفاع بها . وقد يتصدق بهاأولا على أشخاص معينين ثم تعود لجهة البر التى عينها فى كتاب الوقفية بعد مدة أو بعد انقراضهم . وفى الحالة الأولى يسمى الوقف وقفا خيريا . وفى الثانيـة يسمى وقفا أهليا. ويتبع فى أحكام الوقف عموما قواعد الشريعة الاسلامية الخاصة به .

أقسام ثانوية للأموال

بند ١٧٢ — ويمكن تقسيم الأموال تقسيما ثانويا الى :

(أ) قابلة للاستهلاك Consomptibles ، وغير قابلة للاسـتهلاك Non consomptibles فالأولى هى مالايمكن استعمالها إلا باستهلاكها كالحبوب والمأكولات. وتعتبرالنقود مستهلكة حكما لأنها لاتستعمل إلا بخروجها من يد صاحبها . والثانيـة هى ما يمكن استعمالهـا بدون استهلاكها كالأرض والبنـاء والآلات . وأهمية هذا التقسيم تحصر فى الأشياء المـادية، وتظهر[1] فى أن الأولى لا يمكن أن يترتب عليها حق انتفاع لأنه يقتضى بقاء عينهـا[2] والتصرف فى منفعتها، وهذا مستحيل بالنسبة لها ، لأن المفروض

(١) بلانيول بند ٢١٧٩ — ٢١٨٠

(٢) بلانيول بند ٢١٨١ — ٢١٨٢

فيها انعدامها عند أول استعمالها . ولا يمكن أيضا أن تكون محلا لعارية الاستعمال . إذ يجب فى هـذه العارية رد الشىء المستعار بنفسه بعد استعماله ، وهو غير ممكن هنا لنفس السبب المذكور .

(ب) قيمية Non fongibles ومثلية Fongibles[1] : فالأولى هى مالا يقوم غيرها مقامها لأن آحادها تتفاوت ، ولو كانت من جنس واحد. فمثلا لا يقوم حصان سباق مقام آخر و إن اتحدا فى الشكل واللون والسن والقامة وغير ذلك . والثانية هى ما يقوم بعضها مقام بعض ولا تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به[1] . فرغيف الخبز يقوم مقام رغيف آخر من نوعه ، وجنيه من الذهب أوالورق يقوم مقام مثله . وأهمية هـذا التقسيم تظهر فى :

(١) عاريتى الاستعمال والاستهلاك : فالأموال القيمية وحدها تكون محلا لعارية الاستعمال ، إذ يجوز استعمالها مع ردها بعينها . أما المثليات فهى محل لعارية الاستهلاك لأن الذى يقترض إردبا قمحا والذى يقترض من أخيه جنيها ، كلاهما لا يكلف برد عين ما اقترض ولكن كليهما مكلف برد مثل ما أخذ فقط وزنا أو كيلا أو عدا .

(٢) فى الهلاك بعـد البيع : فهلاك المبيع من المثليات بعد حصول البيع يكون على البائع الى حين تسليم المبيع أى يجب عليه أن يسلم للمشترى غيره . ولكن فى القيميات يكون الهلاك على المشترى طبقا للقانون الفرنسى خلافا للمصرى .

(٣) لا تقع المقاصة فى القيميات ولكنها تقع فى المثليات .

(ج) قابلة للتجزئة Divisibles وغير قابلة للتجزئة Indivisibles : فالأولى هى ما تقبل القسمة إلى أجزاء مع بقاء منفعتها ، كالأرض والأشياء المثلية كالحبوب . والثانية هى التى اذا قسمت ضاعت منفعتها .

---

(١) الشيخ أبو الفتح بك ص ٢٩

لحيوان مملوك لأشخاص متعددين ، ومثـله التعهـد بعمل شيء لا يمكن تجزئة عمله . والأولى تجوز فيها القسمة أما فى الثانية فلا تجوز وانمـا تباع و يقسم ثمنها . وفى التعهدات غير القابلة للتجزئة لا يقبل القيام ببعض التعهد، فلا يقبل من مصور أن يرسم بعض الصورة فقط . وكذلك الحقوق غير القابلة للتجزئة مثل الرهن فلا يبطل بعض الرهن إذا دفع المـدين جزءا من الدين (صفوت ص ٣١٠)

(د) غير قابلة للتعامل فيهـا Hors commerce وقابلة للتعامل فيهـا Dans le commerce : وهذا التقسيم والغالب مجرد تكرار لتقسيم المـال إلى خاص وعام الذى تقدم الكلام عليه، ومع ذلك توجد بعض أموال خاصة يحرم القانون التعامل فيهـا أو يقيده لأسباب شتى كالمخدرات والأسلحة .

(هـ) أصلية Principales وتبعية Accessoires : فالأولى هى التى لها وجود مستقل بذاتها كالأرض . والثانية هى ما لا توجد إلا تبعا لغيرها كالحمل فى بطن الدابة أو المـاشية . وأهمية هـذا التقسيم تظهر عند تطبيق القاعدة المعروفة وهى قاعدة الأصل يتبع الفرع Accessorium Sepuitur principale . فقد نص القانون المدنى (٣٥٨/٢٨٦ ا م) على أن تسليم المبيع يشمل تسليم ما يعتبر تابعا له أو ملحقا به بحسب طبيعة الشيء المبيع نفسه وقصد المتعاقدين . فمثلا بيع الحدائق يشمل ما فيهـا من أشجار الفاكهة ، ولكنه لا يشمل الشجيرات ولا البذور المفروشة فى المشتل (٣٦٠/٢٨٧) . و بيع المنزل يشمل جميع المنقولات المثبتة فيه كالأبواب، ولكنه لا يشمل المنقولات الموجودة بداخله والتى يمكن إخراجها منـه بدون إتلافه كالأثاث (٣٦٢/٢٧٩ م ا م) . ويشمل بيع العقار على العموم جميع ماله من حقوق الارتفاق على العقار المجـاور (هالتون ص ١١)

الفصل الرابع

أسباب الحقوق أو مصادرها

بند ١٧٣ — سبب الحق أو بالأحرى مصدره هو الأمر الذى ينتج عنه الحق. وقد يكون هذا الأمر عبارة عن تصرف Acte أو حادث Fait[1]. وقد يقال بأن القانون نفسه يمكن أن يكون سببا للحق. وليست كل التصرفات التى تصدر عن الانسان تنتج حقوقا. وإنما تنتج الحقوق عن التصرفات التى يقرها القانون ويرتب عليها الحق. ولذلك تسمى التصرفات القانونية Actes juridiques، كالبيع والشراء والوصية والزواج والشركة والايجار. أما التصرفات الأدبية ونحوها فليست سببا للحق، كالصداقة والعداء ولين الجانب وخشونة الطبع أو الكلام.

وكذلك يقال فى الحوادث، فليست كلها صالحة لأن تكون سببا للحق، وعلى الخصوص ما لم يكن منها منشؤه عمل الانسان قصدا أو سهوا كالزلازل والجراد. أما التى سببها عمل الإنسان فانها قد تكون أو لا تكون سببا للحق. والمدار فى ذلك على ما تنتجه من النفع للغير أو الضرر به، فالعمل النافع للغير كترميم منزل الجار أثناء غيابه يوجب على الجار حق رد المصاريف الى جاره بقدر ماحصل عليه من المنفعة، واصابة رجل أو اتلاف ماله سهوا أو إهمالا أو عمدا يوجب على المتسبب فى الاصابة أو التلف تعويض المجنى عليه أو صاحب المال التالف عنها. والحوادث التى يترتب عليها حق لمن تسبب فيها أو عليه يقال لها الحوادث القانونية Faits juridiques.

---

(١) انظر فى تقسيم الأعمال التى يتناولها القانون الى تصرف وحادث بونيكاس مقدمة القانون وكابيتان جزء ١ ص ٦١، وانظر فى نقدها دوجى ص ٧٥

ويرى بعضهم أن القانون نفسه قد ينشئ الحق بغض النظر عن أى تصرف أو حادث . والواقع أن القانون لا يهدى الحقوق لبعض الناس قبل بعض اعتباطا ، بل إذا نص فى بعض الأحوال على تحميل شخص واجبا نحو آخر ، كواجب النفقة أو التربية الذى يرتبه للولد على أبيه ، فانه يفعل ذلك مستندا إلى حادث رأى أن يكون له هذا الأثر لضمان انتظام الجماعة . وهذا الحادث هو فى المثل المذكور علاقة البنوة أو الأبوة الناشئة من وجود الولد . على أن جميع الحقوق منشؤها القانون مهما كان سببها المباشر ، إذ لو لم يقر القانون الحق كنتيجة للسبب فلا يكون حقا . فلا معنى بعد ذلك لتخصيص القانون كسبب مستقل للحق . ولنتكلم الآن بالايجاز على التصرفات والحوادث القانونية التى هى الأسباب المباشرة للحقوق .

التصرفات القانونية

بند ١٧٤ — تعريف التصرف القانونى : هو عمل إرادى Acte de volonté يصدر من الشخص بقصد أن يحدث أثرا محسوسا يغير موقفه القانونى إزاء الغير[1] . فهو يتكوّن من عاملين : أحدهما مادى ، وهو العمل أو المظهر المحسوس ، والثانى معنوى وهو الارادة[1] . والمثل الأعلى للتصرفات القانونية هو العقود Contrats . والمشرع لا يرتب نتيجة على التصرفات عند انعدام الإرادة . فالمجنون جنونا مطبقا والصبى غير المميز والنائم والمكره إكراها ملجئا ، كمن يقبض على يده بالقوة وتكتب إمضاؤه على عقد مكتوب مثلا بحركة القابض على يده ، كل هؤلاء تقع تصرفاتهم باطلة Nul ولا يترتب عليها حق . وهم أيضا لا يسألون عن أعمالهم الأخرى وإن أضرت بالغير . أما إذا وقع التصرف بارادة الشخص واختياره فانه يلتزم بنتيجة تصرفه لأنه رضى به . ولكن الرضا بالتصرف قد تشوبه شائبة بسبب فساد الاختيار . وفى هذه الحالة يجوز لمن فسد اختياره وعيب رضاه أن يعتبر التصرف باطلا ، إذا

---

(١) راجع دوجى دروس القانون العام ص ٧٥ — ٧٦ كابيتان جزء ١ ص ٦٠

رأى أن لا مصلحة له فى إبقائه والتزامه بنتائجه . والأسباب التى تعيب الرضا وتفسد الاختيار فتجعل التصرف قابلا للبطلان Annulable هى الغلط Erreur والغش أو التدليس Dol والاكراه غير الملجئ أو الاكراه المعنوى Violence .

ملاحظة — نترك هنا تفصيل الكلام على أقسام التصرفات القانونية والعيوب التى تبطل الرضا بها أو تفسده، لأنه سيرد فى مجال الكلام على العقود فى القسم الأخير من مقرر الالتزامات .

بند ١٧٥ — الارادة والنية : يشترط فى التصرفات القانونية أن تقع بارادة الشخص ومع نية إحداث النتائج القانونية التى تترتب عليها . أما فيما عدا التصرفات المذكورة فلا يشترط لاعتبار العمل صادرا بارادة الشخص أن يكون نوى نتائجه كلها أو بعضها . وعلى ذلك فالأعمال الإرادية التى ليست بتصرفات قانونية قد تكون نتائجها مقصودة ، وحينئذ يقال إنها تقع عمدا Intentionnel ، وقد تكون غير مقصودة Non intentionnel .ولا فرق بينهما من جهة مسئولية فاعلها عنها . وانما تختلف فقط فى درجة المسئولية . فمن يضرب شخصا بآلة حادة وهو يقصد قتله يرتكب جريمة القتل العمد و يعاقب بالأشغال الشاقة . ومن يضربه دون أن يقصد قتله لا يرتكب جريمة القتل العمد ، بل جريمة الضرب الذى أفضى الى موت ، و يعاقب بالأشغال الشاقة لمدة أقلها ثلاث سنوات . أما من لا ينوى الضرب ولا القتل ولكنه أحدث الموت باهماله ورعونته وعدم احتياطه فانه يرتكب جريمة القتل الخطأ ، و يعاقب بالحبس سنتين على الأكثر أو بالغرامة . ومن هذا نرى أن توافر نية إحداث النتائج من عدمه لا يؤثر فى ثبوت المسئولية . ولكنه يؤثر فى درجتها فقط .

أما عدم توافر الإرادة أصلا فانه يعدم المسئولية . ولذلك لو ألقى شخص نفسه على شريط السكة الحديدية فى وقت مرور القطار بحيث لا يستطيع

السائق أن يقفه قبل الوصول اليه فلايكون السائق مسئولا لأنه لم يرد العمل ولم ينو ارتكابه .

وتوافر نية إحداث النتائج وعدمه لا يؤثر أيضا فى تحمل المسئولية المدنية عن الأعمال التى تضر بالغير . فمن أتلف لرجل مالا مع قصد الاتلاف أو بدون قصد يجب عليه ضمانه أى تعويضه .

بند ١٧٦ — الدافع أو الباعث Motif : يختلف الدافع عن النية Intention وعن الغرض But Immédiat الذى ينشده الشخص من عمله . فالنية هى توجيه الإرادة الى إحداث العمل ، وهى بطبيعة الحال مسألة نفسية يدل عليها العمل نفسه عند حدوثه . أما الغرض فهو النتيجة المباشرة للعمل وهذه النتيجة المباشرة ليست مقصودة فى الغالب لذاتها ، وانما يدفع الرجل الى تحقيقها عامل شخصى خاص به كاشباع شهوة الانتقام ، أو ستر فضيحة أو تلافى كارثة ، أو الدفاع عن النفس أو المال ، أو غير ذلك مما لا يعد ولا يحصى من العوامل الإنسانية . والعامل الذى يدفع الانسان الى إحداث العمل هو الذى يسمونه بالدافع Motif ، و بعضهم يسميه بالغرض غير المباشر But Médiat أو الغرض الحافز But Déterminant أى النتيجة النهائية التى ينشدها الشخص بعد وقوع العمل منه . فمثلا قد يكون الدافع للقاتل على القتل هو الانتقام أو السرقة أو رد اعتداء القاتل ، وقد يكون الدافع الى تأجير منزل هو الرغبة فى سكناه أو اتخاذه ملعبا للقمار . والقاعدة أن الدافع أو الغرض النهائى الذى ينشده الرجل من تصرفاته لا تأثير له على هذه التصرفات ونتائجها القانونية . ومع ذلك فهذه القاعدة ليست مطلقة فى المسائل الجنائية ، اذ فى بعض الأحوال يبرر الدافع الجريمة فلا يكون عليها عقاب كما هى الحال بالنسبة لحق الدفاع الشرعى Légitime Défense كمن يقتل غيره دفاعا عن نفسه أو عرضه أو ماله . و يميل الكتّاب المجددون الى القول بأن الدافع له تأثيره فى المسائل المدنية ، لأنه يترتب عليه تحديد وصف التصرف والوصول فى النهاية الى معرفة أحكامه . فيهم مثلا معرفة ما إذا كان الغرض من إعطاء مبلغ من النقود لآخر هو التبرع أو القرض ، لأن حكم كل منهما

يختلف ، كما تهم معرفة ما إذا كان الغرض من استئجار منزل هو جعله محلا للعب القمار أو للدعارة فيبطل التصرف لمخالفته للنظام العام ، أو أن الغرض جعله سكنا للستأجر أو مدرسة أو غير ذلك من الأغراض المشروعة فيصح (انظر L. Josserand, les mobiles dans les actes Juridiques de Droit Privé وانظر دوجى " دروس " ص ٨٥ — ٨٧ [١] وانظر والتون مذكرات فى الالتزامات بحسب القانون المصرى ص ٤٦ — ٤٧) .

بند ١٧٧ — الحوادث القانونية : هى الحوادث التى تنشئ الحقوق أو تؤثر فيها ولا دخل لارادة الأشخاص فى حصولهـا أو التى تتوجه ارادتهم فيها توجها مخالفا للقانون . والوقائع :

(١) إما أن تكون طبيعية ؛ مثل الميلاد الذى تبتدئ به حياة الطفل وحقوقه ، ومثل الوفاة التى تنتهى به حياته وواجباته ، ومثل القصر أى صغر السن والبلوغ ؛ إذ يؤثر كل منهما فى أهلية الشخص للتصرف وبالتـالى فى مدى تحمله بالواجبات وانتفاعه بالحقوق ؛ ومثل الذكورة والأنوثة فان كلا منهما يعتبر واقعة قانونية فى البلاد التى تفرق فى الحقوق بين الذكر والأنثى ، كما هى الحال فى مصر وفرنسا حيث لا يجوز للنساء حق الانتخاب ، وكما هى الحال فى المواريث طبقا للشريعة الاسـلامية حيث يأخذ الذكر مثل حظ الأنثيين كقاعدة عامة .

(٢) وإما أن تكون بفعل الانسان ، كالجوار الذى يعطى للجار حق أخذ ملك جاره بالشفعة وأن يكون له فى بعض الأحوال حقوق ارتفاق على ملك جاره بالشروط التى يرتبهـا القانون .

ومن أمثال الحوادث التى تتجه الارادة فى احداثها اتجاها مخالفا للقانون كالجنايات والجنح وأشباه الجنح التى تقع من شخص على آخر أو على ماله وتضر به ، فيلتزم بسببها بتعويض ما أحدث عمله من الضرر .

---

(١) انظر لدوجى أيضا تطور القانون الخاص ص ٩٦

كيفية اكتساب الحقوق وانتقالها وانعدامها

بند ١٧٨ — اكتساب الحقوق وانتقالها : يكتسب الانسان الحق باحدى طريقتين : فهو إما أن يكتسبه عن نفسه أى بدون أن يتلقاه عن غيره ، ويقال فى هذه الحالة إنه اكتسبه بصفة أصلية Orginaire ، ومثال ذلك الاستيلاء أو وضع اليد على الأموال المباحة كصيد البر والبحر . وقد يتلقى الحق عن غيره كنتيجة لأحد التصرفات القانونيـة أو الحوادث الناقلة للحقوق ، كالبيع والهبة والوصية ، وهى من التصرفات ، وكالولادة والوفاة ، وهما من الحوادث . وفى هذه الحالة يقال إن الانسان اكتسب الحق بصفة اشتقاقية Acquisition dérivée . وفى هذه الحالة أيضا يقال لمن انتقل الحق عنه السلف Auteur ولمن انتقل الحق اليه الخلف Successeur ou ayant-cause.

والخلف إما أن يكون خلفا خاصا Successeur ou ayant-cause à titre particulier وإما أن يكون خلفا عاما (Successeur ou ayant-cause à titre universel . والأول هو الذى يتلقى عن سلفه حقا واحدا أو اكثر كما هى الحـال فى التصرفات التى تحصل بين الأحياء Inter-vivos ، كما لو باع شخص لآخر أرضا أو منزلا أو كليهما . أما الثانى فهو الذى يتلقى عن سلفه جميع حقوقه أو نصيبا شائعا منها ، كما هى الحال فى التصرفات بسبب الوفاة Mortis-causa كالميراث .

والفرق بين الخلف الخاص والخلف العام أن الأول لا يتحمل من ديون السلف شيئا ، ولكنه يرتبط بالتصرفات التى وقعت منه بخصوص الحق أو الشيء المنقول إليه . فمن يشترى منزلا مرهونا من آخر يتحمل نتيجة الرهن ، أى أنه يمكن للمرتهن أن ينزع المنزل من يد المشترى ، إلا إذا دفع هذا الأخير قيمة الرهن ، أى بعبارة أخرى أن الخلف يتلقى الحق عن سلفه بالحالة التى هو عليها وقت انتقاله إليه لأن السلف لا يمكنه أن يملك الخلف أكثر مما يملك هو نفسه .

أما الخلف العام فانه كما يتلقى كل حقوق السلف فكذلك يتحمل كل ديونه . ولكن هذه القاعدة غير متبعة فى الشريعة الاسلامية ، التى تعتبر قانونا عاما للميراث فى مصر ، لأن الورثة لا يتحملون من ديون المورث أكثر مما وصل إليهم من التركة أو، بعبارة أخرى، إن ديون المورث يجب أن تدفع أولا من تركته ، ولا يأخذ الورثة إلا ما يمكن أن يتبقى بعد دفع الديون . وهذا معنى قاعدة " لا تركة إلا بعد سداد الدين " .

بند ١٧٩ — انعدام الحقوق : ينعدم الحق أو ينقضى بأحد الأسباب الآتية وهى :

أولا — بانعدام محله ، كحيوان نفق أو سفينة غرقت أو منزل احترق .

ثانيا — بنزع ملكية محله ، سواء للمنفعة العامة ، كنزع ملكية جزء من أرض لعمل مصرف عمومى أو ترعة عمومية أو نزع ملكية جزء من منزل لتوسيع شارع عمومى ، أو لمنفعة خاصة ، كنزع ملكية الأرض أو المنزل بناء على طلب الدائنين لسداد ديونهم من متحصل ثمن البيع .

ثالثا — بالتنازل عن الحق أو الحكم بفسخه .

رابعا — باستحالة الوفاء به .

خامسا — بمضى المدة القانونية بدون المطالبة به .

وبالجملة ينقضى بغير ذلك من الأسباب التى ستعرف بالتفصيل عند الكلام على أسباب انقضاء التعهدات فى مقرر الالتزامات .

ملحق للكتاب الأول

فى الملكية والحقوق العينية وأسباب اكتسابها وانقضائها

ملاحظة — هذا الموضوع وإن كان لا يشمله مقرر السنة الأولى بمدرسة التجارة . إلا أننى رأيت من المناسب أن أمكنهم من أن يلمحوا منه لمحة سريعة تنفعهم وتساعدهم فى دراسة القانون فى السنين المقبلة .

بند ١٨٠ — التعريف : الملكية هى حق مالك المال فى استعماله والانتفاع به والتصرف فيه بصفة مطلقة . ومن ذلك نرى أن الملكية تتركب من ثلاثة عناصر وهى :

(١) حق الاستعمال .

(٢) حق الانتفاع أو الاستغلال .

(٣) حق التصرف .

أما حق الاستعمال Usus فمعناه استخدام الشىء فيما وضع له بحسب طبيعته كزرع الأرض وسكنى المنزل وركوب الماشية أو السيارات وهكذا .

وأما حق الاستغلال أو الانتفاع Fructus فهو التمتع بالثمار التى ينتجها المال سواء أكانت طبيعية، كالصوف واللبن من الماشية، أم كانت مدنية كالأجرة التى يحصل عليها المالك من ترك حق استعمالها للغير بأجر أى من تأجيرها .

وأما حق التصرف Abusus فهو إخراج المالك المال من ملك نفسه سواء بإعطائه للغير بمقابل كبيعه له أو بدون مقابل كهبته أو الإيصاء به لآخر . ويشمل التصرف كذلك استهلاك المالك لماله وإعدامه أو إتلافه .

بند ١٨١ — طبيعة حق الملكية وقيودها : الملكية حق عينى، ولذلك تكون له كل الآثار التى تكلمنا عليها عند الكلام على الحقوق العينية . وهى

أيضا حق مطلق ، ومطلق هنا معناها أن المـالك له الحرية التامة فى التصرف فى ملكه واستعماله كيفما شاء ومتى شاء . ولكن الواقع أن هـذه الحرية مقيدة بقيود عديدة مقررة فى القوانين واللوائح .

وهذه القيود تارة تكون مقررة للصلحة العامة ، كتحقيق منفعة عمومية . وبناء على هذا يصح نزع ملكية الفرد رغم إرادته كما لو لزم إنشاء سكة حديدية تمر من أرض بعض الأهالى . ولكن يجب اتبـاع الاجراءات المقررة فى القوانين لنزع الملكية للنفعـة العامة . وطورا تقرر لحمـاية الصحة العامة كما هى الحـال بالنسبة للقيود الادارية الموضوعة على من يريد أن يفتح محلا مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة العامة أو خطرا على الجمهور . وتارة تقرر لحماية المـالية العامة ، كمنع زرع الدخان ، أو لحماية الزراعة من الآفات المنتقلة اليها من الخارج . وتارة أخرى تكون هذه القيود موضوعة على الملاك لحماية مصالحهم المشتركة . ومن هذا القبيل حقوق الارتفاق القانونية التى يقررها القانون لمصلحة بعض الجيران على بعض خاصة باستعمال مياه الرى والصرف ومراعاة مسافات معينة فيما يتعلق باقامة المبانى وفتح النوافذ والمطلات وحق المرور وحق الشفعة . وقد قررت المحاكم فوق ذلك مبدأ عدم جواز استعمال المـالك حقه إضرارا بغيره ، وحول هـذا المبدأ تدور نظرية سوء استعمال الحق Abus du droit .

بند ١٨٢ — أنواع الملكية : الملكية إما (١) فردية Individuelle وهى التى يكون فيها للمـالك حق الانفراد باستعمال ملكه والانتفاع به والتصرف فيه . وإما (٢) ملكية على الشيوع Indivision وهى التى يكون فيها المـال مملوكا لأكثر من واحد بغير تحديد جزء منه لكل مالك . وإنمـا يكون لكل منهم نصيب فيه كالربع أو الخمس أو النصف . والمشرع لاينظر للشيوع بعين الرضا ، لأنه مسبب للتنازع ومعطل لاستغلال المـال على أحسن وجه ، ولذلك يقرر بأن الشخص لا يجبر على البقـاء فى الشـيوع Nul n'est tenu de rester dans l'indivision أكثر من خمس سنوات ، أى لا يجوز الاتفاق على البقاء فيه أكثر من هذه المدة ، فاذا لم يحصل اتفاق

على البقاء فى الشيوع مدة خمس سنوات أو أقل جاز لكل شريك على الشيوع أن يطلب القسمة Partage . والقسمة تعتبر أنها مقررة Déclaratif لحق كل شريك فيما وقع فى نصيبه بعد القسمة لا منشئة له Constitutif ، بمعنى أن كل شريك يعتبر أنه كان مالكا لما وقع فى نصيبه بمقتضى عقد القسمة من المال المشاع من يوم الملك على الشيوع ، لا من تاريخ القسمة فقط . وعلى ذلك فكل تصرف حصل فيه من الشريك الآخر قبل القسمة يعتبر باطلا لوقوعه فى ملك غيره . وإما (٣) ملكية مشتركة Collective ، كما هى الحال بالنسبة للأموال المملوكة للأشخاص الاعتباريين على الرأى الثالث الذى عرفناه عند الكلام على الشخصية الاعتبارية . ويجب عدم الخلط بين هذه وبين الشيوعية والاشتراكية .

ويوجد نوع آخر من الملكية يسمى الملكية الفنية والأدبية Propriété artistique et littéraire . وهى عبارة عن حق المخترع والرسام والموسيقى والمؤلف فى عمله . ولم تنظم هذه الملكية بعد بقانون مصرى كما هى الحال فى البلاد الأخرى . ولكن يوجد مشروع قانون بتنظيمها . وإلى أن يصدر هذا القانون فان المحاكم تحميها بالحكم بالتعويض على من يخل بحقوق أصحابها إضرارا بهم طبقا للقواعد العامة .

بند ١٨٣ — أجزاء حق الملكية أو الحقوق العينية التى ينقسم إليها حق الملكية — تنقسم إلى الحقوق الآتية :

(١) حق ملك الرقبة Nue Propriété (٢) حق الانتفاع Usufruit (٣) حق الارتفاق Servitude (٤) حق الرهن Hypothèque . ويمكن للمالك أن يحتفظ بكل هذه الحقوق أو بعضها مع التصرف فى البعض الآخر لآخر أو لآخرين ، فيعطى لكل منهم حقا أو أكثر . فمثلا يصح أن يحتفظ بملكية الرقبة فقط ، ويجعل حق الانتفاع لآخر ، وحق الارتفاق لغيره ، ويرهن العين لثالث . وقد يحصل العكس فيتصرف فى حق الرقبة ويستبقى الحقوق الأخرى لنفسه .

(١) ملك الرقبة : هو ملك العين مجردة عن حق الانتفاع لانه معطى لآخر .

(٢) حق الانتفاع : هو حق استعمال شيء مملوك لآخر واستغلاله بحسب طبيعته مع المحافظة على ذاته . فليس للمنتفع حق التصرف فى العين نفسها لأن رقبتها مملوكة للمالك الأصلى . ويجب عليه أن ينتفع بها حسب الاتفاق الذى ترتب عليه حق الانتفاع ، ويجب عليه رد العين الى المالك الأصلى بعد انتهاء مدة الانتفاع . وإذا كانت العين المنتفع بها مما يهلك بالاستعمال فيجب عليه أن يرد مثلها . وحق الانتفاع حق شخصى لا يورث بل ينقضى بوفاة المنتفع .

(٣) حق الارتفاق : هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، كحق الجار الذى لا تتصل أرضه بالطريق العمومى فى المرور فى أرض جاره . وحق الارتفاق قد يعطى بالاتفاق ، وقد يرتبه القانون رغم إرادة صاحب العقار الذى يقع عليه الارتفاق كحق المرور وحق الرى .

وحق الارتفاق يختلف عن حق الانتفاع فى أنه مقرر لمصلحة عقار على عقار . أما حق الانتفاع فهو حق شخصى أى معطى لمصلحة شخص معين . ولذلك لا يتأثر حق الارتفاق بوفاة مالك العقار الذى تقرر لمصلحته الارتفاق أو الذى وقع عليه الارتفاق ، ولا بانتقال أحدهما أو انتقال حق الانتفاع به من شخص إلى آخر ، لأنه يتبع العقار لا الشخص . وحق الارتفاق لا يكون على منقول بعكس حق الانتفاع .

(٤) حق الرهن : وهو إما حيازى Gage وإما تأمينى أو عقارى Hypothèque . فالحيازى هو أن يضع المدين فى حيازة الدائن منقولا أو عقارا ضمانا لوفاء دين عليه للدائن . ولا يشترط فى الشيء المرهون أن يكون ملكا للراهن وهو المدين . بل يجوز أن يكون مملوكا لآخر غير المدين ، بشرط أن يقبل المالك رهنه وفاء لدين المدين . ويجوز أن يوضع الشيء المرهون لا تحت يد الدائن بل تحت يد آخر غير الدائن وغير المدين يسمى "العدل" . وهذا يتعهد بعدم تسليمه للدين إلا عند سداد الدين .

والرهن يعطى المرتهن أى الدائن حق حبس المرهون تحت يده أو تحت يد الغير لحين وفاء الدين ، وكذلك حق الحصول على دينه من ثمن الشيء المرهون بالامتياز على من عداه من الدائنين .

ولا يجوز للدائن أن يشترط تملك الشيء المرهون بدينه عند عدم الوفاء ، وهو ما يسمى شرط "إغلاق الرهن" Pacte commissoire ، بل لابد من بيع المرهون جبرا على المدين بطريق المزاد حسب الاجراءات المقررة فى القانون لاستيفاء الدين إلا اذا نص القانون فى حالة معينة على غير ذلك كما فعل بالنسبة للمحصولات المرهونة لبنك التسليف الزراعى (قانون ٤٦ سنة ١٩٣٢) .

ولا يجوز للدائن أن يستغل المرهون لمنفعة نفسه ، بل يخصم ما يستولى عليه من غلته أثناء قيام الرهن من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين . ويجوز للمدين الراهن أن يشترط على الدائن المرتهن عدم الانتفاع بالشيء المرهون أو استعماله .

ويلاحظ أن حق الرهن لايتجزأ ، بمعنى أن المدين إذا وفى بجزء من الدين فلا يصح له المطالبة بفك الرهن عن جزء من الشيء المرهون بنسبة ما وفى به ، لأن جميع الشيء المرهون يضمن كل جزء من الدين .

بند ١٨٤ — أما الرهن العقارى فهو أن يجعل المدين عقارا من عقاراته ضامنا لدينه بدون أن يخرج من حيازته ، فيظل منتفعا بما رهنه على أن يقوم بسداد أقساط الدين ، بحيث لو تأخر عن الدفع حسب المتفق يكون للدائن حق نزع ملكية العقار وبيعه بالمزاد وفاء لدينه . ويكون له استيفاء دينه بالامتياز على من عداه أى بالأولوية على الدائنين العاديين ، وكذلك على من يليه من الدائنين المرتهنين المتأخرين عنه فى تاريخ الرهن ، لأنه يصح رهن العقار تأمينا أكثر من مرة .

وهذا الرهن كالسابق لا يتجزأ ، ولا يصح إغلاقه بمعنى أن الدائن لا يتملك العقار فى مقابل دينه عند عدم الوفاء به . بل لا بد من طرحه فى المزاد وحينئذ لا مانع من أن يدخل الدائن فى المزايدة ويرسو عليه المزاد أسوة بغيره من الناس .

بند ١٨٥ — اكتساب الملكية والحقوق العينية . تكتسب الملكية بأحد الأسباب الآتية :

(١) بعقد Contrat — وسيأتى تعريف العقود وشرح الكلام عليها فى الكلام على الالتزامات ومصادرها . ولكن يلاحظ هنا فقط أن العقد ينقل الملكية بمجرد حصوله ما دام الشيء منقولا معينا بالذات وقت العقد وإلا فلا تنتقل الملكيه فيه إلا بالتسليم . أما نقل الملكية العقارية وكذلك الحقوق العينية الأخرى فى العقار فقد أصبح غير ممكن بعد أول يناير سنة ١٩٢٤ إلا بتسجيل العقد الناقل للملكية طبقا لنص قانون التسجيل الصادر سنه ١٩٢٣ (مادة ١) .

(٢) الهبة Donation — وهى تمليك الشخص مالهللغير فى الحال بلامقابل. ويتطلب القانون فى الهبة أن تكون بعقد رسمى محرر فى قلم كتاب المحكمة كما يتطلب تسجيل العقد اذا كان الموهوب عقارا . وتتم فى المنقول بقبضه أى استلامه ولو لم يوجد بها عقد رسمى (المواد ٤٨/٧١ ، ٧٢ م ام م ا قانون التسجيل ١٩٢٣) .

(٣) الميراث Succession — وهو انتقال الحقوق كنتيجة للوفاة من المورث إلى ورثته . ويتبع فى بيان من هو الوارث وغير الوارث ونصيب كل وارث أحكام الشريعة الإسلامية ، سواء بالنسبة للمسلمين وغيرهم ، لأنها الشريعة العامة فى مصر . ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان الورثة جميعا غير مسلمين من ملة المتوفى وليس بينهم أجنبى واتفقوا على تقسيم التركة حسب القواعد المبينة فى ملتهم . ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية تقضى بأن لاتركة إلا بعد سداد الدين ، وأنه إذا وضع الورثة يدهم على التركة فللدائنين مطالبة كل وارث بمقدار مايخصه فى الدين . على أن الوارث غير مجبر على أن يدفع من دين مورثه اكثر من قيمة ماخصه من تركته .

(٤) الوصية Testament — هى تمليك بغيرعوض مضاف الى ما بعد الموت . ولايصح فى الشريعة الإسلامية للشخص أن يوصى لوارث إلا إذا أجاز الوصية بقية الورثة . ويجوز له أن يوصى لغير وارث بشرط ألا

يكون مقدار الوصية أكثر من ثلث تركته ، إلا إذا أجازها الورثة فيما زاد عن الثلث . والوصية لا تنفذ بمقدارها إلا فيما بقى بعد سداد ديون المتوفى .

(٥) الشفعة Préemption — هذا السبب مأخوذ من الشريعة الإسلامية وبمقتضاه يحق للجار أن يأخذ عقار جاره إذا باعه لغيره بنفس الثمن الذى باعه به وما يلحق به من المصاريف. ولكنها لا تجوز فى حالة الهبة أو الوصية به أو إرثه . ولا تجوز فيما بيع من الشخص لأصوله أو فروعه أو لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة، ولا فيما بيع من الزوج لزوجه ، ولا فيما بيع بالمزاد العلنى، ولا فى الوقف . ويشترط للأخذ بالشفعة أن يبادر الجار إلى استعمال حقه فيها ، وقد أعطاه القانون مهلة خمسة عشر يوما من يوم علمه بالبيع .

وليس كل جار له حق الشفعة، وإنما الذين لهم هذا الحق هم بهذا الترتيب :

(ا) مالك الرقبة .

(ب) الشريك على الشيوع .

(ج) صاحب حق الانتفاع .

(د) الجار المالك (الملاصق) .

(٦) الاستيلاء Occupation ou Appropriation — وهو امتلاك المال المباح بوضع اليد عليه بقصد امتلاكه. وقد عرفنا متى يعتبر المال مباحا عند الكلام على تقسيم الأموال .

(٧) إضافة الملحقات للملك أو الالتصاق Accession — وهو إما أن يكون طبيعيا أى يحدث بفعل الطبيعة كما يحصل عندما يرسب الطمى ويزيد فى مساحة الأرض . وإما أن يكون صناعيا أى بفعل الإنسان كمن يرسم على قماش مملوك للغير ، أو من يكتب على ورق مملوك للغير، أو يبنى أو يغرس فى ملك الغير ، بحيث يستحيل أو يصعب فصل أحد الشيئين الملتصقين عن الآخر بدون ضرر .

ويهمنا أن نعرف لمن يكون المال أو الشىء المكون من الالتصاق: لم يضع القانون للالتصاق حكما واحدا ، بل وضع عدة أحكام تختلف باختلاف ما إذا

كان الالتصاق طبيعيا أو صناعيا و بحسب ما إذا كان حصوله بحسن نية فاعله أو بسوء نية منه . وفيما عدا مانص على حكمه ترك المشرع للقاضى حرية الفصل فى الالتصاق بما تقضى به العدالة مع مراعاة الضرر الذى يحدث ومراعاة أحوال المالكين واعتقاد كل منهما وقت الاختلاط أو الالتصاق (٩٢/٦٧ م) .

(٨) التملك بمضى المدة Prescription — مجرد ترك الشخص ملكه دون الانتفاع به لا يسقط حقه فى ملكيته . ولكن قد يحدث أن شخصا آخر يضع يده عليه و ينتفع به انتفاع المالك بملكه مدة معينة . ففى هذه الحالة يمتلك واضع اليد الشىء الذى وضع يده عليه بحكم القانون إذا توافرت الشروط المقررة فيه .

و يجب للتملك بمضى المدة أن يكون هناك : (١) وضع يد Possession . و يشترط فى وضع اليد أن يكون ظاهرا هادئا مستمرا ، وأن يكون بقصد امتلاك الشىء الذى وضعت عليه اليد ، (٢) يجب أن تمضى على وضع اليد بالشروط المتقدمة مدة من الزمن تختلف باختلاف سوء نية واضع اليد أو حسن نيته ، فمن وضع يده على ملك غيره بسوء نية ، أى وهو يعلم أن الشىء مملوك للغير فلا يكتسب ملكيته إلا بمرور خمس عشرة سنة هلالية ، سواء فى العقار أو فى المنقول . أما إذا كان حسن النية بأن كان وضع يده عليه بناء على سبب صحيح من الأسباب الناقلة للملكية كأن يكون اشتراه من آخر وهو لا يعلم بأن هذا الآخر غير مالك فيكتسب ملكيته بمرور خمس سنوات إذا كان عقارا ، و يكتسب ملكيته بمجرد وضع اليد عليه إذا كان منقولا . وهذا معنى قولهم " الحيازة فى المنقول سيد الملك " .

و إنما جعل المشرع المدة أقصر فى حالة حسن النية بالنسبة للعقار ، لأنه رأى من المصلحة أن يطمئن الناس على نتائج عقودهم ، حتى لا تضيع الثقة فى التصرفات العقارية من نفوس الجمهور فتضعف الثقة العامة . وقد جعل الحيازة فى المنقول دليل الملك فى هذه الحالة أيضا ، لأن من الصعب تكليف الناس بالبحث عن مصدر ملكية المنقول ، ولو حصل ذلك لتعطلت

التجارة . ويلاحظ أن مضى المدة الطويلة (١٥ سنة) يقف سريانه بالنسبة للقصر والمحجور عليهم ، لأنهم عاجزون عن المطالبة بحقوقهم أثناء القصر والحجر . وقد يهمل الوصى أو القيم ، وليس من العدل تحميل القاصر أو المحجور عليه نتائج إهمال من يتولون أمرهما . ولكن إذا حدث الحجر أثناء مضى المدة فتضم المدة السابقة عليه الى المدة اللاحقة على زواله لكى تكمل خمس عشرة سنة .

بند ١٨٦ — أسباب انقضائها الملكية والحقوق العينية : تزول الملكية والحقوق العينية عن صاحبها بأحد الأسباب الآتية :

(١) بسبب من أسباب انتقالها للغير ، كالتعاقد أو الاتفاق على بيع موضوعها أو هبته أو الوصية به أو وقفه أو الشفعة به أو إرثه أو بسقوط الحق فيه بمضى المدة ، لأن الملك أو الحق الذى ينتقل من شخص ينعدم عند الآخر .

(٢) بهلاك موضوعها كموت الدابة وغرق السفينة واحتراق المنزل مثلا .

(٣) بنزع المال جبرا عن صاحبه وفاء لديونه بناء على طلب دائنيه طبقا للقانون .

(٤) بنزع الملكية للمنفعة العامة طبقا للقانون .

الكتاب الثانى

النظام القضائى فى مصر

الكتاب الثانى

النظام القضائى فى مصر

L'ORGANISATION JUDICIAIRE EN EGYPTE

كلمة عامة

بند ١٨٧ — النظام القضائى فى مصر معقد ، لأنه يتكون من هيئات قضائيــة مختلفة بعضها وطنى بحت (القضاء الأهلى) وبعضها أجنبى بحت (القضاء القنصلى) وبعضها مختلط (القضاء المختلط) . وكل هــذه الهيئات ليست هيئات دينية تقوم على أساس دينى وتحكم بقوانين دينيــة ، ولكنها هيئات مدنية بمعنى دهرية Séculaires تتولى تطبيق القوانين الوضعية الموكول إليها تطبيقها .

ويوجد بجانب الهيئات المتقدمة هيئات أخرى ليست مدنيــة أو دهرية ولكنها دينية فى نشأتها وتكوينها ونزعتها ومن حيث القوانين التى تحكم بمقتضاها ، وهى المحاكم الشرعية (القضاء الشرعى أو الاسلامى) والمجالس الملية (القضاء الملى أو الطائفى) . أضف إلى ذلك هيئــة المجالس الحسبية التى تختص بادارة أموال القصر والمحجور عليهم لعته أو سفه أو جنون والغائبين أى المفقودين .

بند ١٨٨ — ولكل هيئة من الهيئات المتقدمة الذكر اختصاص معين ، سواء من جهة موضوع الدعاوى التى ترفع إليها ، أو من جهة أشخاص المتقاضين ، أى أن كلا منها يحكم فى طائفة معينــة من القضايا وبين طائفة معينــة من الأشخاص . وهذا طبيعى ، إذ لو كانت كل هيئة من هــذه الهيئات تحكم فى كل الدعاوى وبين جميع الأشخاص ما كان لوجودها أو تعددها سبب ،

على شرط ألا يفهم من ذلك أن اختلاف اختصاصاتها هو السبب فى تعددها. إنما نشأ تعددها بسبب ظروف تاريخية وسياسية وأخرى دينية ، سنوجز بيانها فيما يلى ، وترتب على هذه الظروف تجزئة سلطة الدولة القضائية وقسمتها بينها على التفصيل الذى سيكون موضوع كلامنا فى هذا البحث .

بند ١٨٩ — ومن الطبيعى أن توزيع سلطة الدولة القضائية بين الهيئات المتقدمة وعلى النحو المتقدم يترتب عليه أحيانا وقوع تنازع بينها تدعى فيه كل منها حق الحكم فى دعوى معينة أو على شخص معين أو تمتنع فيه كل منها عن الحكم فيها أو عليه . وهذا ما يسمونه التنازع على الاختصاص Conflit de Juridiction ، ويتطلب ايجاد قواعد خاصة لحله لا يكون لها لزوم إذا كانت سلطة القضاء محصورة فى هيئة واحدة .

بند ١٩٠ — ومن المعلومات الأولية التى أوردناها فى البنود الثلاثة المتقدمة يتبين أن بحثنا فى الكلام على النظام القضائى فى مصر سيدور حول النقط الآتية وهى :

أولا — الظروف التى أدت إلى وجود هذا النظام أو بعبارة أخرى تطوره من الوجهة التاريخية .

ثانيا — بيان وظيفة كل من الهيئات التى يتكون منها هذا النظام وتتوزع بينها سلطة القضاء فى مصر أى بيان الاختصاص العام لكل منها وكيفية حل التنازع الذى ينشأ بينها بشأنه .

ثالثا — ترتيب كل من الهيئات المذكورة أو تشكيلها والاختصاص الخاص لكل محكمة من المحاكم التى تتفرع إليها . وإذا وفينا هذه النقط حقها نكون فى مركز يسمح لنا بأن نقول :

رابعا — كلمة ختامية فى تقدير النظام القضائى فى مصر لبيـان حسناته وعيوبه ووجوه النقص فيه ووجوه إصلاحها .

ولا يفوتنا قبل البـدء فى شرح النقط المذكورة أن نلاحظ ما لاحظناه فى بدء كتابنا فى مقدمة القانون أننا انمـا نكتب لطلبة التجارة العليا لنفيدهم بمعلومات أولية مختصرة تؤدى الغرض من برنامجهم فى علم القانون، فعلى من يريد التعمق أن يولى وجهه شطر الكتب المطولة فى الموضوع [١] .

---

(١) مثل كتاب ريفيو عن القانون المصرى القديم مقارنا بالقوانين القديمة الأخرى وكتابى الدكتور عبد الحميد أبو هيف بك وعبد الفتاح السيد بك فى المرافعات فى مصر والدكتور حسن نشأت باشا فى الاجراءات الجنائية ومذكرات الدكتور ملش فى تاريخ التشريع .

الفصل الأول

لمحة سريعة فى تطور النظام القضائى فى مصر

بند ١٩١ — مر النظام القضائى فى مصر بأدوار مختلفة نحصرها فى ثلاثة رئيسية وهى :

أولا — دور العصر الفرعونى وما يلحق به من عصور الفرس واليونان والرومان .

ثانيا — دور العصر الإسلامى وهو يمتد من ابتداء الفتح الإسلامى لغاية إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٦

ثالثا — دور العصر الحالى وهو يمتد من إنشاء المحاكم المختلطة للآن .

ولن يسعنا فى هذه العجالة أن نتكلم على تفصيل النظام القضائى فى كل منها. وانما سنوجه همنا الى بيان أهم مظاهره، وعلى الخصوص ما كان منها يدل على اتصال حلقات التقدم القضائى فى مصر، رغم التقلبات التى طرأت عليها ، وما يوجد له أثر أو شبهه فى يومنا هذا .

أولا — العصر الفرعونى

بند ١٩٢ — كان القضاء فى مصر فى ذلك العهد كهنوتيا يقوم به الكهنة ، وعلى الخصوص فى الدولة الثانية عشرة وما بعدها الى الدولة الحادية والعشرين. وكان المصريون يفرقون بين القضاءين المدنى والجنائى، ويختصون المسائل الإدارية بمحكمة خاصة مختلطة تتكون من قضاة المحاكم المدنيـة والجنائية وكبار رجال الجيش والبحرية . وإلى جانب ذلك كانت توجد محكمة خاصة للجرائم الموجهة ضد الملك أو ضد الدولة .

وكانت المحاكم تتكون من محكمة عليا تجلس فى عاصمة الدولة ومحاكم صغرى فى الأقاليم . وكان الملك بحكم وظيفته هو القاضى الأعلى . ولكنه سرعان ما أناب عنه رئيس وزارته فى رياسة المحكمة العليا سواء فى المسائل المدنية أو فى الجنائية . على أن وظيفته اقتصرت بعد ذلك على رياسة المحكمة العليا فى المسائل الجنائية. وجعلت رياسة المحكمة المدنية لرئيس كهنة آمون .

بند ١٩٣ — ومما يؤثر ذكره بصدد القضاء الجنائى أن قدماء المصريين كانوا أول من فكر فى إنشاء نظام النيابة العمومية . وكان النائب العمومى يسمى لسان الملك ، و يعتبر نائبا عنه كما هى الحال اليوم فى مصر وفى فرنسا . وكانت وظيفته كما هى اليوم تنحصر فى سلطة تحقيق الجرائم ورفع الدعوى الجنائية ، أى الاتهام ، والمرافعة فيها ؛ كما أن من وظائفه مراقبة الشؤون المالية . وكان له وكلاء بالأقاليم . ولا يعتبر انعقاد المحكمة الجنائية صحيحا بدون حضوره أو حضور وكيل عنه فى محاكم الأقاليم .

وقد كان المصريون أيضا أول من فكر فى نظام المحلفين ، فكان حضورهم فى المحاكم الجنائية ضروريا والا كان انعقادها باطلا . وكانوا أول من فكر فى الاستعانة بأهل الخبرة فى المسائل الفنية عند اللزوم .

بند ١٩٤ — القوانين وطرق المرافعات : وكما كان القضاء كهنوتيا كذلك كانت القوانين التى يحكم بها والمرافعات التى تتبع لاصدار الحكم . وكان المعول عليه فى اثبات الدعوى والحكم فيها هو المعجزة أو الدليل الإلهى . فكان القضاة يجلسون للحكم بين يدى الآلهة ، ويتوجهون اليها ليستوحوها الدليل والحكم ، فتوحى اليهم بما تشاء وتبين لهم باشارة أو معجزة من المحق ومن المبطل ومن البرىء ومن المذنب .

بند ١٩٥ — تطور النظام القضائى أو بالأحرى انقلابه فى عهد بوخوريس وأمازيس : انقلب النظام القضائى فى مصر على عهد الأسرة الحادية والعشرين الى نظام مدنى . وقد بدأ هذا الانقلاب فى عهد بوخوريس ، وتم فى عهد أمازيس . فوضع بوخوريس مجموعة قوانين للعمل بها ، وعمل أمازيس على التخلص من

كهنوتية القضاء وطرق المرافعات وجعلها مدنية غير محوطة بأسرار لاهوتية.
فأسس جمعية وطنية لها أن تضع بالاشتراك معه القوانين والقرارات اللازمة
دون أن تستوحى الآلهة شيئا مما يتعلق بالدليل أو الحكم ، وبذلك امتنع
على رئيس آلهة أمون أن يتدخل فى القضاء مدنيا أو جنائيا ، وأصبح عمله
مقصورا على مباركة عقود الزواج من الوجهة الزوجية فقط . أما من الوجهة
القانونية فان الزواج أصبح خاضعا للقوانين الجديدة كبقية المسائل الأخرى .
على أن أمازيس لم يحرم على الكهنة الجلوس فى المحاكم المدنية ، إنما حرم
عليهم أن يحكموا بغير القوانين التى سنها وإلا تعرضوا للعقاب . وقد جعلت
المرافعات كتابية وجعل لكل خصم أن يرد على مذكرات خصمه ، على أن
يكون المدعى عليه آخر من يرد .

بند ١٩٦ — الأجانب والقضاء فى مصر : لم يكن يسمح للأجانب
فى بادئ الأمر بالدخول فى مصر للاقامة فيها، ولكن كان يسمح لهم بدخولها
مؤقتا للتجارة والعودة من حيث أتوا ، أو باقامة بنوك على الحدود لمبادلة
أهلها نقودا بمأكولات . ولكن نزوحهم الى مصر كثر فى آخر الأمر ،
وتكونت جاليات من اليهود والشاميين ، وعلى الخصوص من اليونانيين .
وأصبح هؤلاء الأخيرون يكونون بطانة للملك وجندا فى عهد أبريس وأمازيس
فى الدولة الحادية والعشرين . وقد أثرت كهنوتية القضاء فى مصر فى مركز
الأجانب ، إذ لم يسمح لهم بالانتفاع به ، وترك لهم انشاء محاكم خاصة بهم
يلجئون اليها للتقاضى أمامها حسب عاداتهم . ويمكنك أن تقارن هذا
بما سنقوله فى القضاء فى مصر بعد الفتح الاسلامى وبما هو عليه الآن .

بند ١٩٧ — عهد الفرس واليونان والرومان : لم يغير الفرس واليونان
شيئا من أنظمة قدماء المصريين، فكان النظام الذى عرفناه على أيام أمازيس
ساريا فى مصر فى عهد البطالسة . بل إن المحاكم اليونانية التى أنشأها هؤلاء
فى مصر لليونانيين كانت مكونة على نمط المحاكم المصرية الى حد كبير . وكان
مسموحا للمصريين أن يرفعوا دعاواهم اذا شاءوا للمحاكم اليونانية . ولكن يوجد
كثير من أوجه الخلاف فى طرق المرافعات والقوانين كالشروط اللازمة
لتوكيل المحامين والدفاع ولنقل الملكية .

أما الرومان فقد أدخلوا فى مصر نظامهم القضائى شيئا فشيئا ولم يكثر التجاء المصريين للمحاكم الرومانية الا بعد أن أصدر الامبراطور كراكلا أمره باعتبار جميع رعايا الامبراطورية من المواطنين . ومن المعلوم أن الرومانيين كان لهم قضاة يحكمون بين المواطنين الرومانيين فقط وقضاة يحكمون فى قضايا غير الرومانيين من رعاياهم والأجانب عنهم يسمون قضاة الأجانب.

ثانيا — من الفتح الاسلامى إلى إنشاء المحاكم المختلطة

بند ١٩٨ — لما فتح العرب مصر لم يلبثوا أن أدخلوا فيها النظام الشرعى الاسلامى سواء فى الادارة أو فى القضاء . والسلطة القضائية فى الشريعة الاسلامية مردها فى آخر الأمر إلى الخليفة . وكان يتولاها النبى صلى الله عليه وسلم بنفسه، فكان يقضى فى الخصومات . ولما فتح الله عليه البلاد أرسل اليها القضاة من قبله . واتبع الخلفاء من بعده سيرته ، فكانوا كلما فتح لأحدهم بلد أسرع فولى قضاءه أحد من يثق فيهم من فقهاء المسلمين . وولاية القاضى إما أن تكون عامة، فيكون له أن يفصل فى جميع الخصومات من مدنية أو جنائية بين جميع الأشخاص الذين تشملهم ولايته وفى كل الأمكنة وأن يجتهد رأيه، و إما أن تكون خاصة بمدة معينة أو بمكان أو بزمان معينين أو بقضايا معينة . وهذا مغزى قول الفقهاء الشرعيين "إن القضاء يتخصص بالزمان و بالمكان و بالقضايا و بالرأى" .

بند ١٩٩ — ولم يكن للقضاة عند المسلمين فى بادئ الأمر مكان معين يجلسون فيه للفصل فيما يرفع اليهم من الخصومات ، فكان القاضى يجلس إما فى داره ويأتى اليه الخصوم للفصل فى منازعاتهم أو يجلس فى المسجد أو على بابه ، و بعد الحكم يتولى أعوانه تنفيذ أحكامه أو يتولى ذلك والى الشرطة . وكانت المرافعات شفوية والأحكام لا تدون .

على أنه لم يمض وقت طويل حتى رتبت دواوين وزودت بما يلزم من الكتبة لتدوين محاضر الجلسات وتسجيل الأحكام خوف إنكارها ولكى يمكن تنفيذها حسب منطوقها . وأول من سجل الأحكام فى مصر هو سليم ابن غتر أحد من ولوا القضاء فيها فى خلافة معاوية بن أبى سفيان[1] .

(١) الشيخ أحمد أبو الفتح "المختارات الفتحية ص ١٢٠"

اختصاص القاضى الشرعى من حيث الموضوع :

بند ٢٠٠ — وكان اختصاص القاضى الشرعى قاصرا فى أول الأمر على الخصومات المدنية والجنائية ، ولكنه اتسع فى عهد الأمويين فشمل ادارة أموال القصر والمحجور عليهم لسفه أو عته أو جنون والغائبين . وحصل ذلك فى عهد عمر بن عبد العزيز على يد بن خديج قاضى مصر أيضا كما أنه على يد توبة بن نمر قاضى مصر أيضا جعل للقاضى الشرعى حق ادارة أموال الأوقاف وكان ذلك بعد انشاء ديوان الأوقاف فى مصر (ملش تاريخ التشريع والشيخ أبو الفتح ص ١٢٠) .

بند ٢٠١ — وفى كل ما تقدم كان يتعين على القاضى أن يطبق أحكام الشريعة الاسلامية الملائمة للوضوع ، ويلاحظ أن الشريعة الاسلامية ليست شريعة كهنوتية ولا أسرار فيها . وإنما هى شريعة سماوية منزلة لتنظيم شؤون العباد الدنيوية والأخروية على حد سواء . أوحيث أسسها الى الرسول ، وللعقل والمنطق والعدل فى تخريج أحكامها الدنيوية النصيب الأكبر .

بند ٢٠٢ — مجلس المظالم ودار العدل — بحسب أحكام الشريعة الاسلامية يعتبر جميع الناس سواء فى تطبيق أحكامها ، فيخضع لسلطة القاضى الكبير والصغير على حد سواء بما فيهم الخليفة نفسه ، على أن حب المسلمين للعدل ومنع ظلم الرعاة للرعية أدى الى انشاء مجالس خاصة بجانب المحاكم العادية للنظر فى المظالم التى تقع من الولاة وأعوانهم على الرعية سواء فى جباية الأموال أو فى تنفيذ الأحكام الصادرة من القضاة خوفا من عجزهم أو عجز أعوانهم عن تنفيذها نظرا لمركز المحكوم عليهم ، فكان الخليفة عمر بن عبد العزيز يجلس بنفسه ؛ وكذلك فعل من بعده من خلفاء بنى العباس وجلس السلاطين فى مصر فى هذه المجالس يحيط بهم القضاة والعلماء والعظماء بصفة أعضاء ، وفى عهد المماليك أيام الظاهر بيبرس أنشئت دار خاصة يجلس فيها للنظر فى المظالم سميت "دار العدل" . وظل هذا النظام الى الفتح العثمانى ثم اندثر . ويمكن مقارنة هذه المجالس بالمحكمة الادارية التى مر ذكرها فى عهد قدماء المصريين

و بالمحاكم الادارية فى فرنسا ، مع اختلاف فى التكوين ، ومع ملاحظة أن اختصاص مجالس الظلم أوسع لأنها كانت معدة لاقامة العدل فى جميع نواحيه وفيما لاينال بواسطة القضاء العادى . وكان المجلس يأمر بما يراه عدلا غير متقيد بقاعدة .

بند ٢٠٣ — نظام الحسبة : ويقرب من هذا نظام الحسبة فى الشريعة الاسلامية ، والغرض منها الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . وهى وان كانت فى الأصل داخلة فى عموم ولاية القاضى الشرعى ، الا أنها فى النهاية أصبحت مستقلة عنه . ويقتضى هذا النظام انتخاب أحد الأعيان لمراقبة الأسواق ومنع ما يحصل فيها من غش فى الكيل أو الميزان واحتكار للسلع التى لا يستغنى عنها الناس ومنع الغلو فى الأسعار ولمراقبة الآداب العامة ومنع التعرض للنساء أو إغرائهن للرجال ومنع التسول فى الطرقات وغير ذلك مما يعود بالخير على الصالح العام والموظف الذى يعين لذلك يسمى المحتسب ، وكان ينتدبه القاضى الشرعى فى بادئ الأمر ثم أصبح يوليه السلطان أو الخليفة . وبقى هذا النظام معمولا به فى مصر الى عهد قريب الى عهد اسماعيل (ملش).

اختصاص قضاة المسلمين من حيث الأشخاص :

بند ٢٠٤ — غير المسلمين وعلاقتهم بالقضاء الاسلامى : غير المسلمين إما أن يكونوا من رعايا دار الاسلام ، ويقال لهم ذميون ، لأنهم يدخلون فى ذمة سلطان المسلمين وتجب عليه حمايتهم من عدوهم والدفاع عنهم ، وإما أن يكونوا من الأجانب عن دار الاسلام . والذين يردون من هؤلاء الأجانب على البلاد الاسلامية للتجارة أو للزيارة يقال لهم مستأمنون ، لأنهم يحصلون على أمان يجيز لهم حقّ دخول البلاد الاسلامية والاقامة فيها مدة محدودة يكونون فيها مطمئنين على أموالهم وأنفسهم ، اذ يعاملون مدة اقامتهم معاملة الذميين ، وعلى الامام أو الخليفة نصرتهم ما داموا فى دار الاسلام .

ولما كان الدين الاسلامى دين اقناع لا اكراه "لا اكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغى" لذلك تقرر فى الشريعة الاسلامية أن يترك غير

المسلمين أحرارا، إن شاءوا خضعوا لأحكام الشريعة الاسلامية واختصاص القضاة المسلمين، وإن شاءوا تحاكموا الى قضاتهم ليحكموا بينهم طبقا لأصول دينهم . والذميون والمستأمنون فى ذلك سواء تقريبا . وهذه القاعدة مستمدة من حديث عمر رضى الله عنه "أمرنا بتركهم وما يدينون" ومن قوله تعالى "فاذا جاءوك فاحكم بينهم" وقوله "وأن احكم بينهم بما أنزل الله" . على أن وجود خصم مسلم فى الدعوى يجعل القاضى المسلم مختصا بالحكم فيها وجوبا . وكانت حرية غير المسلمين فى التقاضى الى محاكمهم الخاصة غير محدودة بمسائل معينة، بل كان المسلمون يضمنون لهم تلك الحرية سواء فى مسائل الزواج والنسب والأحوال الشخصية وغيرها مما يمس العقيدة، أو فيما يتعلق بالمسائل الدنيوية كالبيع والتجارة وما إليها، وسواء أختلف غير المسلمين فى الملة أم اتحدوا فيها .

الامتيازات الطائفية والأجنبية

بند ٢٠٥ — وقد نتج من تطبيق القاعدة المتقدمة أن وجد بجانب القضاة المسلمين فى مصر قضاة مليون كل منهم يحكم بين أهل ملته بحسب أصول تلك الملة، كما أنه لما كثر نزوح الأجانب الى مصر للتجارة فى ابان الحرب الصليبية وبعدها عاملهم صلاح الدين الأيوبى بالقاعدة الشرعية المتقدمة، فأعطى الايطاليين من أهالى جمهورية بيزا عهدا سموه امتيازا يبيح لهم أثناء وجودهم بمصر التقاضى إلى رؤسائهم الذين يسمونهم "القناصل" فيما يقع بينهم من المنازعات . وهذا أول امتياز منح فى مصر سنة ١١٧٣ م ونسج من جاء بعده من السلاطين على منواله فمنحوا امتيازات لرعايا الجمهوريات الايطالية الأخرى وكذلك للفرنسيين، من ذلك امتيازات قايتباى والغورى. ولما فتح العثمانيون مصر أقروا هذه الامتيازات ومنحوا دولا أخرى غيرها، ولم يكد ينتصف القرن التاسع عشر حتى كان لكل الدول تقريبا فى تركيا ومصر محاكم قنصلية تحكم بين رعاياها بجانب المحاكم المحلية من إسلامية وملية "القضاءين الشرعى والملى" .

طغيان المحاكم القنصلية على اختصاص المحاكم المحلية "شرعية وملية" بالنسبة للأشخاص فى أواسط القرن التاسع عشر وقبل انشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ فى عهد اسماعيل

بند ٢٠٦ — طبقا لنصوص الامتيازات الأولى، وعلى الخصوص ما منحه سلاطين مصر، كانت حقوق القناصل من الوجهة القضائية محصورة فى نظر الدعاوى التى تقع بين شخصين من رعايا القنصل سواء أكان موضوع الدعوى جريمة أم منازعة مدنية أم تجارية . ولم يكن للقناصل حق الفصل فى المسائل العقارية ، لأن الأجانب لم يكن لهم حق امتلاك العقار فى مصر أو فى البلاد الاسلامية عموما . ولكن الامتيازات التى منحها سلاطين تركيا وسرت على مصر بالتبعية تضمنت بعض نصوص كانت سببا غير مباشر فى اتساع سلطة القناصل فى المسائل المدنية، كما أن تهاون الحكومة المصرية فى أواسط القرن التاسع عشر أدى الى توسع القناصل فى اختصاصهم الجنائى . وكان تهاون الحكومة المصرية أيضا واستسلامها للنفوذ الأجنبى سببا فى تدخل القناصل فى قضايا الملكية العقارية التى سمح للأجانب بها فى مصر قبل أن يسمح لهم بها فى تركيا بالقانون العثمانى الصادر سنة ١٨٦٧

وعلى ذلك لم يكد يبدأ اسماعيل حكمه حتى كان القناصل يدعون حق الحكم فى كل دعوى يكون المدعى عليه فيها من رعاياهم سواء أكان خصمه من رعاياهم أم من الرعايا المحليين ، مسلما أو غير مسلم ، وسواء أكانت الدعوى مدنية — ولو تعلقت بعقار — أم جنائية ، ولو تعلقت بجريمة واقعة على وطنى أو موجهة ضد الدولة ، أم بحالة من أحوال الانسان الشخصية . وفى جميع الأحوال التى ادعى فيها القناصل الاختصاص كانوا لايطبقون أحكام الشريعة المحلية بل أحكام قوانينهم الخاصة بهم .

رأى اسماعيل أن هذه الحالة مدعاة للفوضى، وأن فيها هدما لسلطان الدولة القضائى والتشريعى داخل بلادها، ورأى خطرا كبيرا يتهدد الثروة العقارية

كنتيجة لتطبيق قوانين عقارية متعددة ، فأوعز الى وزيره نوبار بأن يرفع اليه تقريرا يصف فيه حالة الفوضى القضائية والتشريعية الناتجة من الامتيازات أو بالأحرى من تعسف القناصل فى تطبيقها وعلى اثر ذلك عملت مجهودات لتشكيل لجنة دولية لتخفيف هذه الفوضى وإصلاحها . فانتهى عملها بانشاء محاكم مختلطة على نمط المحاكم الأوربية (الفرنسية على الخصوص) ، إلا أنها مكونة من مصريين وأجانب ، وجعل لها الاختصاص فى كثير مما كان يدعيه القناصل ، ووضعت لها قوانين مأخوذة عن القوانين الفرنسية لتحكم بها فيما دخل فى اختصاصها ، وابتدأت عملها فعلا فى فبراير سنة ١٨٧٦ . وكان انشاؤها فاتحة لعصر إصلاحى جديد شمل المحاكم المحلية كلها .

تضاؤل اختصاص المحاكم الشرعية والمحاكم المليـة واقتصارها من حيث الموضوع على الأحوال الشخصية ، إنشاء المحاكم الأهلية والمجالس الحسبية

بند ٢٠٧ — تضاءل اختصاص القاضى الشرعى من حيث الدعاوى التى ترفع اليه من زمن بعيد ، ولكنه اتسع فى آخر الأمر من حيث الأشخاص . وكان اتساعه على حساب المحاكم الملية التى تضاءل اختصاصها ، سواء من حيث الموضوع أو من حيث الأشخاص ، حتى أصبح محصورا فى دائرة ضيقة .

فقد كان القاضى الشرعى فى بادئ الأمر يحكم فى جميع الدعاوى الشرعية من مدنية وجنائية ، إلا أن ضعف سلطان القضاة فى تنفيذ أحكامهم ، وعلى الخصوص فى القضايا الجنائية ، أدى الى أن الولاة انتزعوا منه فى عهد الدولة العباسية والأموية فى الأندلس والفاطمية فى مصر اختصاصه فى هذه المسائل وأعطوها لوالى الشرطة (البوليس) . فأصبح له وحده حق اقامة الحدود وتوقيع العقاب على الجرائم عامة . ومما يجدر ذكره فى هذا الصدد أن هذا الوالى ما كان يتقيد فى إثبات الجريمة بقواعد الاثبات الشرعيـة ، كما أنه اتبع فى تحقيق

الدعوى كثيرا من الإجراءات المعروفة الآن فى قوانين تحقيق الجنايات مثل الحبس الاحتياطى .

ولما جاء عهد المماليك أصبح والى الشرطة لا يحكم فقط فى المسائل الجنائية بل تعدى ذلك الى الحكم فى المسائل المدنية ، وكان كثيرا ما يتأثر فى أحكامه بالقوانين التترية أو قوانين السياسة وعلى ذلك اقتصرت سلطة القاضى الشرعى على الحكم فى مسائل الأحوال الشخصية . والوقف إلا أنه استرد سلطته فى أيام حكم العثمانيين . ولكن الاضطراب والفوضى عمت القضاء الإسلامى فى أواخر عهدهم ، وظلت الحال كذلك الى أن جاء محمد على ، فبدأ من جديد يسلب القاضى الشرعى اختصاصه فى المسائل المدنية والجنائية ويعطيها لمجالس كونها ونسج من خلفه من الولاة الى عهد إسماعيل على منواله فى إنشائها وهى مجالس الأحكام التى كانت تسمى بأسماء مختلفة وكانت تلغى ثم يعاد تكوينها من آن لآخر . وفى سنة ١٨٨٣ فى عهد الخديو توفيق استبدلت هذه المجالس بمحاكم جديدة كونت على نمط المحاكم المختلطة وجعل لها الاختصاص فى الدعاوى المدنية والجنائية ، فأصبح اختصاص القاضى الشرعى محصورا كما كان فى مسائل الأحوال الشخصية والولاية على القصر .

بند ٢٠٨ — وقد كان القاضى الشرعى لا يحكم بين غير المسلمين ، طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، إلا اذا ترافعوا اليه أو اذا كان فى الدعوى مسلم مدعيا أو مدعى عليه . فاذا لم يكن فى الدعوى مسلم ولم يترافع اليه الخصوم لم يكن له أن يقضى فيها مهما كانت الدعوى ، سواء أتعلقت بمال أم بحالة من الأحوال الشخصية أم بمسألة جنائية . وليس من المؤكد لدينا متى بدأت الحالة تتغير وهل كان المماليك يتبعون هذه القاعدة بدقة فى كل الأوقات . وإنما الثابت أن هذه الحالة تغيرت تماما فى عهد العثمانيين إذ بسبب ضغط الدول الأجنبية ، وعلى الخصوص ضغط الدولة الروسية على الدولة العثمانية وتدخلها فى شؤونها بدعوى حماية الأقليات الدينية ، أصدر الباب العالى فرمانات حدد فيها اختصاص الهيئات الدينية غير الإسلامية وهى بطريكخانات المسيحيين وحاخامخانات اليهود ، على اختلاف المذاهب والملل فى كلتيهما ،

وقصره على دعاوى الأحوال الشخصية بين الخصوم المتحدى الملة ، بشرط ألا يكون بينهم أجنبي .

وبذلك فقدت الطوائف غير الإسلامية ما كان لها من حقوق طبقا للشريعة الإسلامية بسبب تدخل الدول الأجنبية لحمايتها وتأييد امتيازاتها ! !

بند ٢٠٩ — ولما أنشئت المجالس الحسبية سنة ١٨٩٦ وأعيد تنظيمها سنة ١٩٢٥ اختصت بادارة أموال القصر والمحجور عليهم والغائبين مهما كانت ملتهم ، فخرجت هذه المسائل من اختصاص المحاكم الشرعية والملية معا .

وقد كان الخط الهمايونى يقصر اختصاص الهيئات الملية على حالة اتفاق الخصوم على الالتجاء اليها ، إلا أن فرمان سنة ١٨٩١ أوجب على الخصوم التقاضى إليها اذا لم يتفقوا على اختصاص القاضى الشرعى . وعلى هذا الاعتبار سارت القوانين المصرية التى صدرت بتنظيم المجالس الملية للطوائف غير المسلمة فى مصر سنة ١٨٨٣ لطائفة الأقباط الأرثوذكس وسنة ١٩٠٢ للانجيليين البروتستانت وسنة ٩٠٥ للأرمن الكاثوليك . ثم إن قانون سنة ١٩١٥ أقر جميع الطوائف التى لم يصدر بها قانون مصرى على العمل طبقا للفرمانات العثمانية إلى أن يصدر تشريع عام بتنظيمها جميعا . وهذا التشريع الآن موضوع بحث فى وزارة الحقانية و يرمى الى توحيد القضاء الطائفى أو ضمه الى المحاكم الأهلية .

ثالثا دور العصر الحالى — النظام القضائى الحالى
بعد إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥

بند ٢١٠ — مما تقدم يرى أن إنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ كان فاتحة عهد تطور كبير فى النظام القضائى فى مصر . فلم يمض على إنشاء المحاكم المختلطة ثمان سنوات حتى أنشئت بجانبها المحاكم الأهلية . وتلا ذلك تنظيم القضاء الشرعى نفسه فى سنة ١٨٩٧ ، والمجالس الحسبية سنة ١٨٩٦

وسنة ١٩٢٥ ، كما نظمت الطوائف غير المسلمة فى المدة بين سنة ١٨٨٣ وسنة ١٩١٥، ولا يزال توحيدها موضع البحث .

وهذه الهيئات القضائية المختلفة يضاف اليها هيئة المحاكم القنصلية هى التى يتكون منها النظام القضائى المصرى الحالى . وقد رأينا أن إنشاءها لم يحصل طفرة عند بدء الإصلاح القضائى سنة ١٨٧٥ بانشاء المحاكم المختلطة كما يلق فى روع البعض ، بل إن معظم هذه الهيئات كان موجودا قبل هذا الوقت وان اختلف شكل تكوينه. فلم يتغير إذن إلا نظامها والقوانين التى نقلت من قوانين البلاد الأوربية لتحل محل الشريعة الإسلامية أمام المحاكم الجديدة . على أن هذه القوانين نفسها كانت قد بدأت تتسرب إلى مصر ويقضى بها فى علاقات الأهالى مع الأجانب .وكان تسربها بسبب ادعاء القناصل حق الحكم بقوانينهم فى الدعاوى المختلطة التى يكون المدعى عليه فيها من رعاياهم ، وكذلك بسبب إنشاء محاكم التجارة المختلطة الملغاة وإلزامها بالحكم بقانون التجارة العثمانى الذى أخذ هو نفسه عن القوانين الأوربية .

بند ٢١١ — وهذه الهيآت القضائية هى التى سنتكلم على اختصاصها وترتيبها فيما يلى . ولكن لما كنا إنما نثبت هنا معلومات أولية لطلبة مدرسة التجارة العليا فقط، ولما كانت حاجتهم من النظام القضائى تتعلق فى الغالب بمعرفة الجهة المختصة بالحكم فى المسائل المدنية والتجارية (مسائل الأحوال العينية)، فلذلك لن نتكلم بشىء من التفصيل والتوسع إلا على اختصاص المحاكم الأهلية والمختلطة (محاكم الأحوال العينية) . أما محاكم الأحوال الشخصية (الشرعية والملية) والمجالس الحسبية ،وكذلك المحاكم القنصلية ،فيكفى أن يعرف الطالب اختصاصها إجمالا للفائدة . وسنبدأ بها لنتخلص منها . وسنخصص للكلام فى هذا الموضوع الفصلين التاليين . ونتكلم فى أولهما على وظائف كل هيئة من هذه الهيئات المتقدمة أى اختصاصها العام، وفى الثانى على ترتيب كل من المحاكم الأهلية والمختلطة وحدها للسبب الذى قدمناه .

الفصل الثـانى

وظائف الهيئات القضائية
أو اختصاصها العـام

بند ٢١٢ — سنتكلم هنا أولا على محاكم الأحوال الشخصية (الشرعية والملية) والمجالس الخاصة بادارة أموال القصر ومن إليهم. وقد كانت مسائل إدارة أموال القصر ومن إليهم تدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية (والملية على بعض الآراء) الى أن سلخت عنها وأعطيت للمجالس الحسبية ، لأنهـا فى الواقع لا تتعلق بالأحوال الشخصية أكثر من تعلقها بادارة الأموال . أما المحاكم القنصلية فهى تحكم فى جميع المسائل من مدنية وجنائية وأحوال شخصية وفى إدارة أموال القصر بالنسبة للأشخاص التابعين لها . ولما كانت هذه الهيئات جميعها لا يهمنا منها إلا معرفة وظيفتها أى اختصاصها العـام لذلك جمعناها لنبين اختصاصها هذا ونصرف النظر عنها نهائيا . وبعد ذلك نتكلم على محاكم الأحوال العينية ثم على التنازع الذى يمكن أن يقع بين مختلف الهيئات القضائية على الاختصاص، وسنفرد لكل نقطة من هذه النقط قسما خاصا .

بند ٢١٣ — ونلاحظ قبل ذلك ملاحظة عامة وهى أن المحاكم الشرعية تختلف عن كل من المجالس الملية والمحاكم القنصلية فى شيئين مهمين : أولهما أن المحاكم الشرعية تكوّن هيئة قضائية واحدة لها نظام وترتيب واحد وتحكم فيما يدخل فى اختصاصها بقانون واحد هو الشريعة الإسلامية ، فى حين أن المجالس الملية والمحاكم القنصلية ليست كل منها هيئة واحدة بل كل منها يتكون

من هيآت متعددة ومختلفة ولكل منها نظامه وترتيبه الخاص به . إذ يوجد لكل طائفة من طوائف المصريين غير المسلمين بطريكخانة يتبعها مجلس ملى خاص يفصل بين أفرادها . فللأقباط الأرثوذكس بطريكخانة ومجلس ملى، وللأرمن الكاثوليك بطريكخانة ومجلس ملى، وللروم الأرثوذكس مثلهما، ولليهود الربانيين حاخامخانة ، وهكذا . وكل منها يقضى بالعادات المعروفة فى أصول الملة الخاصة به. وكذلك توجد محاكم قنصلية متعددة بتعدد الدول التى لها امتيازات فى مصر، وهى الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وكل دول شواطئ أوروبا، ما عدا الروسيا ورومانيا وبلغاريا وتركيا ويوجوسلافيا. ولكل قنصلية نظامها وقانونها الخاص بها، فى حين لا توجد إلا محاكم شرعية واحدة يخضع لها المسلم سواء أكان شافعيا أم حنفيا أم مالكيا أو غير ذلك، ويخضع لها كذلك غير المسلم وطنيا كان أم أجنبيا، ومهما كانت ديانته أو مذهبه الدينى أو ملته .

ثانيا — تختلف المحاكم الشرعية عن كل من المحاكم الملية والقنصلية فى أن المحاكم الشرعية هى المحاكم العامة Tribunaux de Droit Commun فى مصر فى الأحوال الشخصية والوقف ، بمعنى أن سلطتها تشمل جميع الأشخاص من وطنيين وأجانب مسيحيين أو غير مسيحيين، إلا من جعلتهم القوانين والمعاهدات خاضعين ، فى أحوال معينة ، لاختصاص المحاكم الملية أو القنصلية ، فى حين أن المحاكم الملية والقنصلية تعتبر محاكم استثنائية ليس لها اختصاص إلا بالنسبة للأشخاص الذين جعل لها الاختصاص بالنسبة لهم فى الأحوال المعينة فى القوانين أو المعاهدات أو العادات .

القسم الأوّل — محاكم الأحوال الشخصية

١ — المحاكم الشرعية

بند ٢١٤ — تمشيا مع ما قلناه فى آخر البند السابق من أن المحاكم الشرعية تعتبر المحاكم العامة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف لا نرى فائدة من تفصيل اختصاصها ، إذ يكفى لمعرفته معرفة اختصاص المحاكم الاستثنائية (الملية والقنصلية) ، وما بقى بعد ذلك يدخل حتما فى اختصاص المحاكم الشرعية لعدم وجود غيرها للحكم فيه . وقد يفيد الطلبة أننا بعد أن نبين اختصاص المحاكم الاستثنائية نذكر أمثلة على ما يبقى من اختصاص المحاكم الشرعية .

٢ — المجالس الملية

بند ٢١٥ — يشترط شرطان لاختصاص هذه المجالس بما يرفع اليها من قضايا الأحوال الشخصية ، كالزواج وما تفرع عنه من نسب ونفقة ومهر وطلاق ورضاعة وحضانة وطاعة زوجية ، وكصحة الهبة والوصية ، وكتحديد الوارث وغير الوارث ونصيب كل وارث فى الميراث . وهذان الشرطان هما :

أولا — أن يكون الخصوم كلهم من ملة واحدة هى ملة المجلس المرفوعة أمامه الدعوى ، كما لو كانوا جميعا كاثوليكا أو بروتستانتا أو أرثوذكسا أو يهودا ربانيين أو قرائين ، ولا يكفى أن يكون الكل مسيحيين أو يهودا لاحتمال اختلاف الملة .

ومع ذلك يعود الاختصاص للمحاكم الشرعيـة فى جميع المسائل المتقدمة رغم اتحاد الخصوم فى الملة فى الحالتين الآتيتين وهما :

(أ) إذا اتفق الخصوم جميعا رغم اتحاد ملتهم على تحكيم المحاكم الشرعية[1]

(ب) دعاوى الميراث فانها من اختصاص المحاكم الشرعية سواء أتحدت ملة الخصوم أم اختلفت ، ولا تكون من اختصاص مجلسهم الملى إلا إذا كانوا متحدى الملة واتفقوا جميعا على رفعها أمامه .

ثانيا — ألا يكون بين الخصوم أجنبي . فاذا كان بينهم أجنبي كان الاختصاص للمحاكم الشرعية ، إلا إذا كان هذا الأجنبي مدعى عليه وكان متمتعا بالامتيازات الأجنبية فيكون الاختصاص للمحكمة القنصلية التى هو تابع لها .

بند ٢١٦ — ولنلاحظ قبل ترك الكلام على المجالس الملية أن تنفيذ أحكام هذه المجالس يكون بواسطة رجال الإدارة إذ لا يوجد محضرون تابعون لها يقومون بالتنفيذ . ولا تنفذ الإدارة أحكام هذه المجالس إلا إذا كانت قد قدمت للحكومة لائحة تبين نظامها ، حتى يُعرف إذا كان الحكم صادرا من هيئة منظمة أو سلطة تملك إصداره طبقا للائحة أم لا .

٣ — المحاكم القنصلية

بند ٢١٧ — تختص هذه المحاكم فى الأحوال الآتية :

(١) فى دعاوى الأحوال الشخصية ، إذا كان المدعى عليه أجنبيا من جنسيتها بصرف النظر عن جنسية المدعى أو ملته ، ولكن ما الحكم إذا كان

---

(١) قضت المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعدلة فى سنة ١٩٣١ بأنه لا يجوز للمحاكم الشرعية " سماع دعوى الطلاق بين غير مسلمين اذا كانا لا يدينان بالطلاق " . ويلاحظ أن هذه المادة لا تخرج من اختصاص المحاكم الشرعية دعوى الطلاق بين غير مسلمين متحدى الملة اذا كانا يدينان بالطلاق كالأرثوذكس أو البروتستانت أو اليهود مثلا كما أنها لا تخرج من اختصاصها دعوى الطلاق بينهما اذا كانا لا يدينان به . وانما تمنعها فقط من سماع الدعوى ، فلا تحكم المحكمة الشرعية بعدم الاختصاص ولكن بعدم سماع الدعوى . وقد نحا المشرع فى هذا النص الجديد نحو الطريق الذى أوعزت به فى كتابى القانون الدولى الخاص (الجزء الأول من المطول ص ١٨٦) عند ما تكلمت على الشريعة الإسلامية والقانون الدولى الخاص .

المدعى عليه الأجنبي الذى هو من جنسيتها مسلما ؟ إن الامتيازات منحت فى الأصل للمسيحيين من الأوربيين لعدم إخضاعهم كرها للشريعة الإسلامية ، فلا معنى إذن لأن ينتفع بها أجنبى مسلم . ولذلك يكون الاختصاص بالنسبة له للمحاكم الشرعية . وبهذا جرى العمل أمام المحاكم الشرعية ، وبه أفتى قلم قضايا الحكومة . والمحاكم القنصلية نفسها لا تمانع فى ذلك ، إلا فى أحوال خاصة ترى أن تمسكها فيها بالاختصاص يعود عليها بنفع مادى ، كدعاوى الميراث التى يجب فيها دفع ضريبة على التركة للحكومة التابع لها المتوفى ، وكذلك فى حالة ما اذا كان الحكم الشرعى يؤدى إلى تقييد الحرية ، كحكم الحبس للنفقة . ومن الغريب أن قلم القضايا أفتى [1] باستحسان عدم تنفيذ الحكم الشرعى اذا عارضت القنصلية . ومعنى ذلك أنه يرى ترك الاختصاص للمحاكم القنصلية بالنسبة للأجنبى المسلم فى مثل هذه الحالة إذا تمسكت به رغم تسليمه باختصاص المحاكم الشرعية ، وذلك نظرا لما جرت عليه مصر من كرم الضيافة ! ! ! لا أعرف أن حقوق السيادة وسلطان الدولة يجامل بها ، ولولا أن صاحب الفتوى مستشار ملكى أجنبى لنسخت عقلى .

(٢) فى دعاوى المنازعات المدنية والتجارية المتعلقة بمنقول بين أجنبيين من جنسية القنصل .

(٣) فى الجرائم التى تقع من أجانب من جنسية القنصل ولو كان المجنى عليه من جنسية أخرى أو كان مصريا — ويستثنى من ذلك الجرائم التى تدخل فى اختصاص المحكمة المختلطة حسب ماستعرفونه حالا .

(٤) تختص المحاكم القنصلية أخيرا بإدارة أموال القصر والمحجور عليهم والغائبين اذا كانوا من جنسية القنصل .

أمثلة لاختصاص المحاكم الشرعية

بند ٢١٨ — بمراعاة ما تقدم ذكره نرى أن المحاكم الشرعية وحدها تختص بدعاوى الوقف ، كصحته وبطلانه والنظر عليه ، واستبداله ، وبدعاوى الأحوال الشخصية التى ترفع على مدعى عليه مسلم مصريا كان أم أجنبيا ،

---

(١) فتوى قلم قضايا الحقانية فى ١٩٢١/٥/٣١

حتى ولو كان متمتعا بالامتيازات على الرأى الصحيح ، كما قدمنا ، وسواء فى ذلك أ كان المدعى مسلما أم غير مسلم مصريا أم أجنبيا متمتعا أم غير متمتع بالامتيازات . وكذلك تختص بنظرهذه الدعاوى بين غيرالمسلمين من المصريين اذا اختلفوا فى الملة ، أو اذا اتحدوا فيها وكانوا متفقين على اختصاص المحاكم الشرعية . وكذلك تختص اذا كان المدعى عليه أجنبيا غير مسلم وغير متمتع بالامتيازات، سواء أ كان خصمه مسلما أم غيرمسلم مصريا أم أجنبيا متمتعا بالامتيازات أم غير متمتع بها .

ويلاحظ أن أحكام المحاكم الشرعية تقوم بتنفيذها الإدارة و بعضها يقوم بتنفيذه محضرو المحاكم الأهلية .

٤ — المجالس الحسبية

بند ٢١٩ — تختص بادارة أموال القصر والمحجورعليهم لسفه، أو عته، أو جنون ، والغائبين أى المفقودين ، اذا كان جميع هؤلاء مصريين ، أو اذا كانوا أجانب متوطنين بمصر وغير متمتعين بالامتيازات .

القسم الثانى — محاكم الأحوال العينية

بند ٢٢٠ — هذه المحاكم هى المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية . وقد تكلمنا على اختصاص المحاكم القنصلية فى المسائل العينية تبعا للكلام على اختصاصها فى مسائل الأحوال الشخصية . و بقى علينا أن نتكلم على اختصاص كل من المحاكم المختلطة والأهلية ، أولا بالنسبة لموضوع الدعوى ، وثانيا بالنسبة لأشخاص المتقاضين وهاك هو :

المحاكم المختلطة والأهلية واختصاصهما

اولا — بالنسبة لموضوع الدعوى

بند ٢٢١ — تختص كل من المحاكم المختلطة والأهلية بنوعين من القضايا وهما :

أولا — القضايا المدنية والتجارية ، وهى الناتجة من المعاملات المنصوص عليها فى القانونين المدنى والتجارى .

ثانيا — القضايا الجنائية ، وهى التى الغرض منها توقيع العقاب على من يقدم لها بتهمة ارتكاب جريمة . وتوجد بعض مواضيع تخرج من اختصاص كل من المحاكم المختلطة والأهلية ، كما توجد بعض مواضيع تخرج من اختصاص المحاكم الأهلية وحدها وهذه المواضيع هى :

١ — المواضيع التى تخرج من اختصاص كل منهما

بند ٢٢٢ — تشترك المحاكم المختلطة والأهلية فى عدم الاختصاص بالمواضيع الآتية وهى :

(١) قضايا الأحوال الشخصية التى تدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية والملية والقنصلية ، كدعوى بطلان الزواج أو دعوى صحة الهبة أو الوصية أو دعوى الميراث . وكما لا تختص المحاكم الأهلية والمختلطة بهذه الدعاوى كذلك لا تختص بتفسير الأحكام الصادرة فيها من المحاكم المختصة بها .

وعلى ذلك اذا عرضت للمحاكم الأهلية أو المختلطة أثناء النظر فى دعوى من اختصاصها مسألة دقيقة من مسائل الأحوال الشخصية وكان الحكم فى الدعوى التى أمامها يتوقف على معرفة الحكم فى مسألة الأحوال الشخصية فعليها أن توقف الفصل فى الدعوى التى أمامها حتى يحصل من يهمه الأمر من الخصوم على

حكم فى المسألة الشخصية من المحكمة المختصة . مثال ذلك اذا طالبت زوجة بقسمة تركة زوجها أمام المحاكم الأهلية أو المختلطة وأنكر الورثة الزوجية أو عارضوا فى مقدار نصيبها فى التركة فتوقف المحكمة دعوى القسمة وتكلف الزوجة بإثبات زوجيتها ونصيبها فى التركة أمام محكمة الأحوال الشخصية .

ولكن يشترط للايقاف أن تكون المعارضة جدية وحكم المسألة الشخصية غير ظاهر، فالتمسك ببطلان زواج مسلمة بغير مسلم لا يحتاج إلى إيقاف لأن هذا البطلان معروف للخاص والعام ومتعلق بالنظام العام[١] .

ويلاحظ أن حكم محكمة الأحوال الشخصية لا يحترم أمام المحاكم الأهلية أو المختلطة الا اذا كان صادرا من محكمة الأحوال الشخصية فى حدود اختصاصها ، فلو صدر من مجلس ملى أو من حاخامخانة حكم ببطلان الزواج بين مسلمين لم يكن له قيمة . ولذلك يمكن دائما للمحاكم الأهلية أو المختلطة بدون أن تفسر الحكم أن تبحث فيما اذا كان صدر من الجهة الشخصية المختصة بإصداره .

(٢) ملكية الأموال الأميرية العامة : لما كان لا يجوز لأى شخص وطنيا كان أم أجنبيا أن يدعى ملكية الأموال الأميرية العامة أو أى حق عليها فقد جعلت المحاكم من أهلية ومختلطة غير مختصة بنظر دعاوى الأفراد بشأنها . إنما يجب أن يثبت للمحكمة أولا أن الشىء المتنازع عليه يدخل ضمن أملاك الميرى العامة لكى تقضى بعدم الاختصاص . فاذا كان هناك نزاع فى كونه من الأملاك الأميرية كانت المحكمة مختصة بالفصل فى كونه من الأملاك الأميرية العامة أم لا حتى يمكنها بعد ذلك أن تقضى بالاختصاص أو بعدمه على حسب ما يظهر لها .

(٣) أعمال السلطة العامة أو أعمال السلطان Actes de Souveraineté والإجراءات أو الأعمال الإدارية التى تتخذها الحكومة بمقتضى قوانين ولوائح ادارية تنفيذا لها .

---

(١) قضية صالحة هانم استئناف مختلط ١٩١٣/٦/١١ وهى منشورة فى جازيت المحاكم المختلطة سنة ٣ بند ٤٣٨

لاتختص المحاكم أهلية أومختلطة بنظر أى دعوى ترفع على الحكومة بسبب تصرفات صدرت منها باعتبارها صاحبة السلطة السياسية العليا فى الدولة وصاحبة السيادة فى الداخل والخارج، سواء أكان المطلوب الغاء هذه التصرفات أم تعديلها أم إلزام الحكومة بدفع تعويض عنها . فإعلان الأحكام العرفية وإعلان الحرب، و إبرام المعاهدات مع دولة أجنبية ، والتنازل عن جزء من أرض الدولة أو ضم جزء من أرض دولة أخرى ، واتخاذ الاحتياطات الصحية لمنع تفشى وباء أو مرض معد ، وتدخل الحكومة لمصلحة رعاياها فى الخارج أو الامتناع عن التدخل — كل هذه تعتبر أعمالا من أعمال السلطة العامة .

أما الأعمال الادارية Actes Administratifs التى تتخذها الحكومة تنفيذا للقوانين واللوائح فهى أيضا تخرج من اختصاص المحاكم أهلية أو مختلطة ما دامت قد روعيت فيها الشروط القانونية اللازمة للقيام بها ، فلا تملك المحاكم إلغاءها ولا إيقاف تنفيذها ولا تعديلها ولا الحكم بتعويض عنها لمن أصابه منها ضرر . مثال ذلك فصل موظف بقرار من مجلس تأديب مشكل تشكيلا قانونيا وبعد اتباع الإجراءات القانونية ، أو نزع ملكية أرض أحد الأفراد للمنفعة العامة كعمل مصرف أو ترعة أو سكة حديد بعد إصدار مرسوم بنزع ملكيتها . و يلاحظ أن لمن نزعت ملكيته فى هذه الحالة أن يعارض فقط فى مقدار التعويض الذى تقدره الحكومة ثمنا لأرضه المنزوعة. وتفصل المحاكم فى هذه المعارضة .

أما الأعمال الإدارية التى لم تراع فيها الحكومة الإجراءات والشروط الواجبة الاتباع لكى تكون صحيحة قانونا، أو التى تتبعها شكلا وتخالفها روحا ومعنى، فهذه وان كانت المحاكم لا تملك تأويلها ولا إيقافها ولا إلغاءها إلا أنها تملك أن تحكم فيها بتعويض الضرر الذى أصاب الأفراد بسببها . مثال ذلك فصل موظف قبل بلوغه السن القانونية بدون مبرر قانونى .

ملاحظة : يلاحظ أن الأعمال الإدارية التى لا تختص المحاكم المختلطة بالنسبة لها هى الأعمال التى تحصل طبقا للقوانين واللوائح السارية على المحاكم المختلطة .

ويلاحظ أخيرا أن الحكومة فى إدارة أموالها وتصريف شؤونها قد تتعاقد مع الأفراد كما يتعاقد الأفراد بعضهم مع بعض . وفى هذه الحالة تخضع

الحكومة لاختصاص المحكمة الأهلية أو المختلطة على حسب الأحوال شأنها شأن الأفراد .

(٤) كل دعوى أو مسألة تختص بها المحاكم القنصلية أو المجالس الحسبية أو أية هيئة أخرى إدارية طبقا للقانون .

٢ — ما يخرج من اختصاص المحاكم الأهلية خاصة

بند ٢٢٣ — زيادة على المسائل المتقدمة التى تخرج من اختصاص كل من المحاكم الأهلية والمختلطة معا تعتبر المحاكم الأهلية وحدها غير مختصة بالمسائل الاتية وهى :

(١) المنازعات المتعلقة بأصل الوقف ، أى عقده بجميع مشتملاته ، لأن هذا من اختصاص المحاكم الشرعية . وقد أخرجته لائحة ترتيب المحاكم الأهلية من اختصاصها بالنص الصريح (م ١٦) ، خلافا للمادة ٤ مدنى مختلط التى لم تخرجه من اختصاص المحاكم المختلطة . على أن المحاكم الأهلية تصبح مختصة بإلغاء الوقف إذا حصل إضرارا بدائنى الواقف (مادة ٥٣ مدنى أهلى).

(٢) المنازعات المتعلقة بدين مصر العمومى ، لأنها من اختصاص المحاكم المختلطة .

(٣) أساس ربط الأموال الأميرية ، لأن هذا من اختصاص لجان إدارية تتولى ربط الضريبة أو العوائد . ولمن يهمه الأمر أن يتظلم من قرارها للجهات الإدارية المختصة . أما المحاكم المختلطة فتحكم ببطلان كل ضريبة لم توافق عليها الدول ورد ما حصل منها أو ما حصل زيادة على المقدار المحدود مع الفوائد والمصاريف .

ثانيا — اختصاص المحاكم المختلطة والأهلية بالنسبة للأشخاص

(١) الاختصاص فى المسائل المدنية والتجارية

أولا — اختصاص المحاكم المختلطة :

بند ٢٢٤ — أساس اختصاص المحاكم المختلطة فى المسائل المدنية والتجارية بالنسبة لأشخاص المتقاضين هو اختلافهم فى الجنسية. أى أنها تكون

مختصة كقاعدة عامة بالدعاوى التى يكون الخصوم فيها من جنسيات مختلفة ، كدعوى بين مصرى وأجنبى ، أو بين بريطانى وفرنسى مثلا ، أو بين يونانى وإيطالى ، وهكذا . ولا فرق فى اختصاص المحاكم المختلطة عند اختلاف جنسية الخصوم بين ما إذا كانت الدعوى متعلقة بمنقول أو بعقار .

أما اذا اتحدت جنسية الخصوم فالقاعدة العامة أنها لا تكون مختصة ، لأن الاختصاص فى هذه الحـالة يكون للمحاكم الأهلية ، اذا كان الخصوم كلهم مصريين ، أو للمحاكم القنصلية اذا كانوا كلهم أجانب من جنسيتها .

ولكن لأسباب معينة زيد اختصاص المحاكم المختلطة أو زادته هى بحيث أصبح يشمل دعاوى يكون الخصوم فيها كلهم من جنسية واحدة ، كما أنه لأسباب أخرى جعلت المحاكم المختلطة غير مختصة بالنسبة لبعض الأشخاص ولو كان خصومهم يختلفون عنهم جنسية .

الأحوال التى يتسع فيها اختصاص المحاكم المختلطة

بند ٢٢٥ — بعض هذه الأحوال يرجع إلى نص القانون المختلط الصريح ، والبعض الآخر اغتصبته هـذه المحاكم بناء على نظرية ابتكرتها تسميها نظرية الصالح المختلط La théorie de l'intérêt mixte .

فطبقا لنصوص القانون المختلط تختص المحاكم المختلطة رغم اتحـاد جنسية الخصوم فى الأحوال الآتية وهى :

أولا — فى المنـازعات العقارية التى تقع بين أجنبيين من جنسية واحدة (٩ ل ت م) . ورغم أن النص مقصور فى الأصل على الحقوق العينية العقارية إلا أن المحاكم المختلطة تتوسع فى تفسـيره وتقضى باختصاصها فى المنازعات المتعلقة بحقوق شخصية عقارية . وحسنا فعلت ، لكى لا يكون للقناصل شأن فى العقارات المصرية .

ثانيا — حالة وجود رهن على عقار لمصلحة أجنبى . فكل ما ينشـأ عن الرهن من المنازعات كبيع العقار المرهون جبرا أى بالمزاد وتوزيع ثمنه يكون من اختصاص المحاكم المختلطة ، مهما كانت جنسية مالك العقار أو واضع اليد

عليه ومهما كانت جنسية طالب البيع (مادة ١٣ ل ت م) . وقد توسعت المحاكم المختلطة فى هـذا النص فأعطت حكمه لحالة وجود حق اختصاص لأجنبى على العقار ، كما أنها ادعت الاختصاص فى حالة طلب قسمة العقار بين ملاك من الوطنيين أو من الأجانب المتحدى الجنسية ما دام مرهونا أو عليه حق اختصاص لأجنبى من جنسية أخرى حماية للصالح المختلط .

ثالثا — فى حالة حجز ما للمدين لدى الغير إذا كان أحد الأشخاص الثلاثة الذين يقع بينهم الحجز أجنبيا ، وهم الدائن الحاجز ومدينه ومدين مدينه . فاذا كان الحجز واقعا من دائن وطنى على دين لمدينه الوطنى لدى أجنبى كان الحكم فى صحة الحجز من اختصاص المحاكم المختلطة . أما النزاع على الدين بين الدائن الوطنى ومدينه الوطنى أيضا فمن اختصاص المحاكم الأهلية . أما إذا كان الدائن أجنبيا ووقع الحجز على ما لمدينه الوطنى لدى مدين مدينه الوطنى أيضا ، فهنا يجب التفريق بين حالتين وهما : أولا أن يكون الحجز وقع أثناء نزاع مرفوع بين المدين ومدينه أمام القضاء الأهلى بشأن الدين أو مقداره مثلا . وفى هذه الحالة تكون المحاكم المختلطة مختصة بتأييد الحجز ، ولا يصح تأييده إلا على مقدار ما تحكم به المحاكم الأهلية فقط ، وبعد أن يصبح حكمها به نهائيـا . ثانيا إذا لم يكن رفع نزاع بشأن الدين أمام القضاء الأهلى ، وفى هذه الحالة تنظر المحاكم المختلطة فى دعوى الحجز وتأييده وتنظر فى الدين نفسه رغم كون الدائن والمدين وطنيين (٤٧٨ ، ٤٧٩ مرافعات مختلط) .

نظرية الصالح المختلط

بند ٢٢٦ — استنتجت المحاكم المختلطة من وجود المـادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، التى أشرنا اليها تحت ثانيا فى البند السابق (ص١٦٦) ، أن مهمتها هى المحافظة على المصالح المختلطة . ولذلك فهى تقضى باختصاصها فى كل دعوى بين شخصين أو أكثر ، ولو كانوا متحدى الجنسـية ، إذا ظهرت أنها تمس مصلحة لشخص من جنسية أخرى غير جنسية الخصوم ، ولو لم يكن هو نفسه طرفا فى الدعوى أمام المحكمة التى رفعت اليهـا ، وسواء أكانت تلك المحكمة أهلية أم قنصلية . وهى تقضى أيضا ببطلان أى حكم يصدر

من تلك المحاكم فى مثل هذه الحالة إذا طلب منها صاحب المصلحة ذلك ، ولا تتردد فى الحكم فى الموضوع من جديد إذا رفع اليها .

وقد طبقت المحاكم المختلطة هذه النظرية فى مسائل كثيرة منها :

(١) مسائل الإفلاس : فهى تقضى بأنه يكفى وجود دائن أجنبى واحد لتاجر من غير جنسيته حتى يكون إشهار إفلاسه من اختصاص المحكمة المختلطة ، ولو كان طالب الإفلاس والمفلس من الوطنيين أو كانا أجنبيين من جنسية واحدة . وهى تقضى بذلك ولو لم يظهر هذا الدائن إلا بعد تقدم إجراءات الإفلاس أمام المحكمة الأهلية أو القنصلية على حسب الأحوال .

(٢) مسائل الشركات : ينص القانون المصرى (٤٧/٤١ ت ا م) على أن كل شركة مساهمة تؤسس فى مصر تعتبر مصرية . ومفهوم ذلك أنها تعتبر مصرية مهما كانت جنسية مؤسسيها أو أعضائها ، أى سواء أتكونت من مصريين فقط ، أم من مصريين وأجانب ، أم من أجانب مختلفى الجنسية أو متحديها . ولكن المحاكم المختلطة تذهب الى أن هـذه الشركات فى حالة تكوينها من أشخاص مختلفى الجنسية أو من أجانب متحديها تمس المصالح المختلطة وتعتبر شركات ذات مصالح مختلطة Sociétés d'intérêt Mixte وتخضع لاختصاص المحاكم المختلطة فى علاقاتها مع المصريين والأجانب ولو كانوا من جنسيتها . يستثنى من ذلك الشركات التى تتكون كلها من مصريين كبنك مصر فانها تخضع فى معاملاتها مع المصريين من أعضائها أو غير أعضائها للمحكمة الأهلية ، أما فى علاقاتها مع الأجانب فللمحاكم المختلطة طبقا للقاعدة العامة .

(٣) وقد كانت المحاكم المختلطة تذهب الى اعتبار أن بعض مصالح الحكومة المصرية نفسها هيئات ذات مصلحة مختلطة وتخضعها لاختصاصها ، كما كانت ترى ذلك أيضا بالنسبة لمجلس بلدى اسكندرية . ولكن دعواها الاختصاص بالنسبة لهذه المصالح سقطت إن بحكم الظروف أو بتدخل المشرع ، وأصبحت هذه المصالح فى نظرها مصالح مصرية بحتة لا تخضع للمحاكم المختلطة إلا فى منازعاتها مع الأجانب طبقا للقاعدة الأساسية .

الأحوال التى يضيق فيها اختصاص المحاكم المختلطة

الأشخاص الذين لا يخضعون لها :

بند ٢٢٧ — يتمتع بعض الأشخاص بامتياز سياسى أو دينى يترتب عليه عدم اختصاص المحاكم بالنسبة لهم فى البلد الذى يوجدون فيه مهما كانت جنسية خصومهم فى الدعوى، أى سواء أتحدوا معهم فى الجنسية أم اختلفوا فيها . فاذا ما رفعت عليهم دعوى أمام هذه المحاكم وجب عليها أن تحكم فيها بعدم الاختصاص ، إلا اذا قبلوا هم أن يخضعوا لاختصاصها باختيارهم . وهؤلاء الأشخاص هم :

أولا — رؤساء الدول الأجنبية ، إلا اذا تنازلوا عن امتيازهم وقبلوا اختصاص المحكمة ، أو كانوا هم الذين رفعوا الدعوى أمامها ، أو كانوا يشتغلون بالتجارة ، أو يملكون عقارات فى البلد وتعلقت الدعوى بتجارتهم أو صناعتهم أو بعقاراتهم على أحدث الآراء الدولية .

ثانيا — الممثلون السياسيون للدول الأجنبية وقناصلها وعائلاتهم ومن يلحق بهم من الموظفين والتابعين ، إلا اذا كانت الدعوى خاصة بعقارات فى مصر يملكونها شخصيا ، أو كانت الدعوى خاصة بتجارة أوصناعة يشتغلون بها شخصيا ، أو اذا رفعوا هم الدعوى الى المحكمة فيجوز حينئذ أن ترفع عليهم دعاوى فرعية لا تزيد قيمتها عن قيمة الدعوى الأصلية (ديكريتو أول مارس سنة ١٩٠١) .

وتعامل المعاهد الدينية والعلمية والمستشفيات التابعة لبعض الدول الأجنبية ذات الامتياز فى مصر ، كفرنسا ، معاملة ممثليها السياسيين والقنصليين على اعتبار أنها أشخاص معنوية لها مهمة عامة .

ثالثا — الحكومات الأجنبية فى كل عمل يصدر منها باعتبارها حكومة . أما الأعمال التى تصدر منها فى إدارة أموالها الخاصة أو متاجرها ، إن كانت تشتغل بالتجارة كالأفراد ، والمنازعات الخاصة بما لها من الأملاك العقارية

فى مصر فتخضع فيها لاختصاص المحاكم المختلطة، وكذلك اذا قبلت الحكومة الأجنبية الخضوع لاختصاص المحكمة .

رابعا — القوات البرية والبحرية الأجنبية التى توجد بسبب من الأسباب فى الأراضى المصرية، كجيش الاحتلال : لا تخضع ولا يخضع أفرادها للمحاكم المختلطة، وعلى الخصوص فى المسائل الجنائية على تفصيل ستعرفونه فى دراسة القانون الدولى العام فى السنة الرابعة .

خامسا — الأوقاف الخيرية : لاتختص المحاكم المختلطة بنظر أية دعوى ترفع على تلك الأوقاف من أجنبى باستحقاق عقار فى حيازتها . إنما تكون الدعوى فى هذه الحالة من اختصاص المحاكم الشرعية. أما اذا كانت الدعوى مرفوعة من الوقف على الأجنبى ، أو كانت خاصة بطلب آخر غير استحقاق العقار ، سواء أرفعت من الوقف أم من الأجنبى ، فتكون المحاكم المختلطة مختصة بها طبقا للقاعدة العامة عند اختلاف جنسية الخصوم .

الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات الأجنبية واختصاص المحاكم المختلطة

بند ٢٢٨ — لانزاع فى أن الدعوى اذا كانت بين أجنبى متمتع بالامتيازات وأجنبى غير متمتع بها من جنسيته تخضع لاختصاص المحاكم المختلطة لثبوت الاختصاص لها نظرا لوجود الأجنبى المتمتع بالامتيازات ولاختلاف الجنسية.

أما اذا كانت الدعوى بين أجانب غير متمتعين بالامتيازات، سواء أتحدوا فى الجنسية أم اختلفوا فيها ، أو كانت بين هؤلاء الأجانب و بين مصريين، فكان الواجب أن تكون المحاكم المختلطة غير مختصة بها، لأنها إنما انشئت لتحل محل المحاكم القنصلية فيما كان لها من الاختصاص قبل إنشاء المحاكم المختلطة، ولأن الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات لم تكن لهم محاكم قنصلية فى مصر يخضعون لاختصاصها ، وليس لهم محاكم قنصلية الآن ، وكانوا قبل إنشاء المحاكم المختلطة خاضعين فيما بينهم وفيما بينهم و بين المصريين للمحاكم المحلية . فلا يعقل إذن أن يتغير مركزهم بعد إنشاء المحاكم المختلطة ، خصوصا وأن

الدول التى هم تابعون لها لم تشترك فى إنشاء هذه المحاكم ولم توقع لا على المعاهدات الخاصة بها ولا على لائحة ترتيبها .

ولكن المحاكم المختلطة ذهبت الى غير ذلك. فقضت باختصاصها بالنسبة للأجانب غير المتمتعين بالامتيازات، واستندت فى دعواها على نص المادة ٩ ل ت م التى قررت اختصاصها بالنسبة "للأجانب" بصفة مطلقة، بدون أن تحدد أن المقصود بلفظ " الأجانب " هم المتمتعون بالامتيازات .

وكذلك كانت تستند على المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية سواء قبل تعديلها فى سنة ١٩٢٩ أو بعده ، لأنها قبل تعديلها كانت تجعل اختصاص المحاكم الأهلية مقصورا على المنازعات المدنية الواقعة بين "الأهالى" أى المصريين دون غيرهم . أما بعد تعديلها فلأن التعديل بعد أن مد اختصاص المحاكم الأهلية وجعله يشمل الأهالى والأجانب عاد فأخرج منه الأشخاص الذين لا يخضعون لاختصاص المحاكم الأهلية طبقا للمعاهدات أو العادات ، ولأنها أى المحاكم المختلطة جرت على عادة اعتبار الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات خاضعين لاختصاصها . ثم إن التعديل نفسه لا يسرى عليها لأن الحكومة المصرية لا يجوز لها بمرسوم تصدره من جانبها لتعديل مادة من مواد قانونها الأهلى أن تضيق من اختصاص المحاكم المختلطة الثابت بالمادة ٩ ل ت م التى لم تعدل والتى لا يجوز تعديلها إلا بموافقة الدول .

على أننا نرى أن هذه الحجج وإن كانت قوية فى ذاتها إلا أنها منقوضة من أساسها . أساسها المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة . ونحن نرتكن على هذه المادة أيضا وغيرها من مواد اللائحة المذكورة للرد عليها . فاذا قرأنا المادة ٩ نجد أنها لا تؤيد اختصاص المحاكم المختلطة فى الدعاوى المدنية والتجارية المتعلقة بمنقول والواقعة بين الأجانب غير الممتازين اذا اتحدت جنسيتهم ، لأن اختصاصها عند اتحاد الجنسية مقصور بحسب هذه المادة نفسها على الدعاوى العقارية . كذلك نجد أن المادة ١٨ ل ت م تقضى بوجوب إخطار القنصل التابع له الأجنبى المحكوم عليه قبل تنفيذ الحكم الصادر عليه من المحاكم المختلطة، والا كان التنفيذ باطلا . فاذا يحصل

إذا كان المحكوم عليه أجنبيا غير متمتع بالامتيازات ؟ إن إخطار القنصل امتياز لا تملك المحاكم المختلطة منحه لقناصل ليس لهم هذا الحق . فاذا أوجبت اخطارهم كانت كأنها تدعى حق اعطاء امتيازات لقناصل الدول الأجنبية . وإن أجازت التنفيذ بدون إخطار القنصل كان ذلك اعترافا منها بأن الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات ليس لهم حق الانتفاع بمزايا النظام المختلط . فليس لها إذن أن تدعى الاختصاص بالنسبة لهم الا اذا كان خصمهم أجنبيا متمتعا بالامتيازات .

ثانيا — اختصاص المحاكم الأهلية :

بند ٢٢٩ — تختص المحاكم الأهلية طبقا للمادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية بنظر جميع المنازعات المدنية والتجارية ، سواء أتعلقت بعقار أم بمنقول فى الأحوال الآتية :

(أولا) إذا كان الخصوم مصريين . وتعتبر الحكومة المصرية وفروعها ومصالحها المختلفة ومجلس بلدى اسكندرية أشخاصا اعتبارية مصرية سواء بالنسبة لها أو بالنسبة للمحاكم المختلطة أو القنصلية .

(ثانيا) إذا كان الخصوم أجانب غير متمتعين بالامتيازات اتحدت أو اختلفت جنسيتهم ، أو كان النزاع بين هؤلاء الأجانب ومصريين (طبقا للمادة ١٥ ل ت أ المعدلة بقانون سنة ١٩٢٩) . ولكن هذه الحالة تدعى فيها المحاكم المختلطة الاختصاص كما عرفنا فى البند السابق . وإننا نلاحظ هنا أن تعديل المادة ١٥ ل ت أ فى سنة ١٩٢٩ لم يكن هو الطريق الصحيح لحرمان المحاكم المختلطة من الاختصاص بالنسبة لهم . انما الطريق الصحيح هو تعديل المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة نفسها . ونلاحظ أيضا أن هذا التعديل لم يؤيد اختصاص المحاكم الأهلية فى هذه الحالة ، ولم يزد فى اختصاصها شيئا عما كان عليه بحسب هذه المادة قبل التعديل ، لأنه استثنى من الاختصاص الذى أضافه اليها كل الأشخاص الخارجين عنه طبقا "للعادات" . فكأنه أعطاها بيد ، وسلبها ما أعطاها باليد الأخرى فى نفس اللحظة .

بند ٢٣٠ — الأشخاص الذين لا يخضعون لاختصاص المحاكم الأهلية — هؤلاء هم :

(١) المصريون الذين تحميهم دولة أجنبية من الدول المتمتعة بالامتيازات، فانهم يعاملون من حيث الاختصاص كما يعامل رعايا هذه الدول .

(٢) الأجانب المتمتعون بالامتيازات .

(٣) الأشخاص المتمتعون بامتيازات سياسية كرؤساء الدول والحكومات الأجنبيـة وممثليها السياسيين والقنصليين والقوات البرية والبحرية التابعـة للدول الأجنبية كما قلنا فى المحاكم المختلطة .

(ب) اختصاص المحـاكم الأهلية والمختلطة فى المسائل الجنائية

١ — اختصاص المحاكم الأهلية

بند ٢٣١ — تعتبر المحاكم الأهليـة هى المحاكم العامة Tribunaux de droit commun أى ذات الاختصاص العـام فى جميع الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات سواء أوقعت من مصرى أم من أجنبى ، إلا فى (١) الأحوال الاستثنائية التى يكون فيها المتهم من المتمتعين بالامتيازات السياسـية ، و(٢) فى حالة الشخص الذى يتمتع بالامتيازات الأجنبيـة فيكون خاضـعا لاختصاص المحاكم القنصلية ، و(٣) فى الأحوال التى جعل فيها الاختصاص للمحاكم المختلطة والتى سنذكرها حالا . وقـد عرفنا من هم الأشخـاص المتمتعون بالامتيازات السياسية الذين لا يخضعون لأية محكمة فى مصر ، وعرفنا الأحوال التى تختص فيها المحاكم القنصلية بالمسائل الجنائية ، وبقى علينـا أن نعرف اختصاص المحـاكم المختلطة فى المسائل الجنائية .

٢ — اختصاص المحاكم المختلطة

بند **٢٣٢** — اختصاصها فى المسائل الجنائيـة محدود بجرائم معينة ، وليس عاما فى كل الجرائم . ولكنه واسع جدا من حيث الأشخاص ، اذ يشمل كل شخص يرتكب إحدى الجرائم الداخلة فى اختصاصها سـواء أكان وطنيا أم أجنبيا . وهذه هى أحوال اختصاصها :

أولا — الجرائم التى تقع من موظفى المحاكم المختلطة أو عليهم فى أثناء تأدية وظيفتهم أو بسببها ، كالاعتداء على محضر لمنع تنفيذ حكم مختلط ، أو كتزوير يحصل من المحضر فى محاضر التنفيذ مثلا . ولا أهمية لجنسية المتهم أو المجنى عليه . فهى مختصة سواء أكان المتهم مصريا أم أجنبيا متمتعا أم غير متمتع بالامتيازات ، وسواء أتحدت جنسيته أم اختلفت مع المجنى عليه .

ثانيا — جرائم الإفلاس إذا كان النظر فيه من اختصاص المحاكم المختلطة. فالإفلاس بالتدليس أو بالتقصير يكون العقاب عليـه من اختصاص المحاكم المختلطة ولو حصل من مصرى أو من أجنبى متمتع أو غير متمتع بالامتيازات، ما دامت التفليسة نفسها من اختصاص المحاكم المختلطة .

ثالثا — مخالفات البوليس التى تقع من أجانب أو من أجانب ووطنيين فى آن واحد ، كاشتراك وطنى وأجنبى فى فتح محل بدون رخصة ، إذ لو جعل الحكم للمحاكم الأهلية بالنسبة للوطنى وللمختلطة بالنسبة للأجنبى لأمكن أن يصدر حكمان متناقضان من كل منهما فى مسألة واحدة . وقد لا يمكن تنفيذهما ، كما لو كان أحدهما قاضيا بغلق المحل أو مصادرة أشياء والآخر قاضيا بالبراءة . لذلك جعل الاختصاص للمحاكم المختلطة ولم يجعل للأهليـة لوجود الأجنبى .

وتلاحظ أنه اذا كان المتهم فى هـذه الحالة أجنبيا غير متمتع بالامتيازات فان التنازع بين المحاكم الأهلية والمختلطة على الاختصاص بالحكم عليـه يقع كما يقع فى المسائل المدنية والتجارية .

القسم الثالث — التنازع على الاختصاص
ومجالس الفصل فيه

بند ٢٣٣ — تكفى مراجعة أحوال الاختصاص وعدمه بالنسبة لكل هيئة من الهيئات القضائية المتقدمة سواء بالنسبة لموضوع الدعوى أو بالنسبة للأشخاص لمعرفة أنه قد يحدث أن تدعى هيئتان أو أكثر الاختصاص فى مسألة واحدة ، وقد رأيتم شيئا من ذلك فى تنازع المحاكم الأهلية والمختلطة بالنسبة للأجانب غير المتمتعين بالامتيازات . كما قد يحدث أن تدعى كل منها عدم الاختصاص بها . وفى مثل هاتين الحالتين يقال إن هناك تنازعا على الاختصاص Conflit de juridiction . ويعتبر التنازع إيجابيا Positif ، عند ما تدعى كل منهما حق الحكم فى الدعوى . ويعتبر سلبيا Négatif عند ما ترفض كل منهما الاختصاص بها .

بند ٢٣٤ — ولما كانت كل هيئة من الهيئات القضائية مستقلة عن الأخرى، بحيث لا تخضع إحداها لرأى الأخرى فى الموضوع الواحد، كان لا بد من حكم يفصل بينها اذا تنازعت ويبين من منها يكون له الاختصاص بالدعوى . وقد فطن المشرع الى ذلك، فنص على تشكيل مجالس لهذا الغرض تسمى مجالس الفصل Conseils de Conflit فى التنازع على الاختصاص إلا أنه ، مع الأسف، لم يعمم إنشاءها أو اختصاصها بحيث يوجد لكل تنازع مجلسا، أو بحيث يوجد مجلسا له حق الفصل فى كل تنازع يقع بين أية هيئتين أو أكثر . فقد أنشأ مجلسا للفصل فى التنازع الذى يقع بين المحاكم الأهلية ومحاكم الأحوال الشخصية أو بين المحاكم الأهلية وإحدى جهات الإدارة ، وآخر للفصل بين المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية فى المسائل الجنائية دون المسائل المدنية ، ولم ينشئ مجلسا للفصل فى التنازع الذى يحصل بين المحاكم

الأهلية والمختلطة أو بين المحاكم القنصلية والمختلطة فى المسائل المدنية، أو بين المحاكم القنصلية ومحاكم الأحوال الشخصية المصرية فى مسائل الأحوال الشخصية ، أو بين المحاكم المختلطة ومحاكم الأحوال الشخصية ، أو بين محاكم الأحوال الشخصية فيما بينها كالشرعية والملية .

بند ٢٣٥ — وفى كل الأحوال التى لم يوجد لها مجلس يبقى التنازع بدون حل. وكثيرا ما تصدر أحكام متضاربة فى الموضوع الواحد بالنسبة للشخص الواحد ، فيضطر الخصوم للالتجاء الى الطرق الإدارية أو السياسية للحصول على حقوقهم بعد أن يكونوا استنفدوا أموالهم وجهودهم وأوقاتهم فى التقاضى أمام الجهات القضائية المختلفة ! فهل بعد ذلك دليل على أن ليس فى مصر نظام قضائى يؤدى الغرض منه! وأن عندنا محاكم تحكم ونفقات تنفق عليها دون أن يكون هناك حكم ينفذ دائما ! !

المجالس المنصوص على تكوينها وعملها

بند ٢٣٦ — أولا مجلس الفصل بين المحاكم الأهلية و بين محاكم الأحوال الشخصية أو بين هـذه و بين جهات الإدارة : يتكون هـذا المجلس من وزير الحقانية، وقاضيين من المحاكم الأهلية يندبهما رئيس محكمة الاستئناف، وعضوين من جهة الأحوال الشخصية الحاصـل معها النزاع . وفى حالة التنـازع مع إحدى جهات الادارة يتكون المجلس بالشكل المتقدم غير أن العضوين اللذين يمثلان الادارة ينتدبهما رئيس مجلس الوزراء .

ويلاحظ أن المجلس يجتمع سواء أكان النزاع إيجابيا أم سلبيا . ويترتب على رفعه للمجلس ان الجهة التى رفعت أمامها الدعوى فعلا توقف الفصـل فيها الى أن يفصل المجلس فى التنازع فيتبع قراره . ويكون رفع الأمر للمجلس بواسطة وزير الحقانية بناء على طلب الجهة التى تدعى الاختصاص ولم ترفع الدعوى إليها، اذا كان التنازع إيجابيا، أو بواسطة أصحاب الشأن فى الدعوى

اذا كان النزاع سلبيا . ويلاحظ أنه لا يجوز طلب اجتماع المجلس اذا كان قد صدر حكم نهائى له قوة الشيء المحكوم فيه من إحدى الجهات المتنازعة .

ثانيا — مجلس الفصل بين المحاكم المختلطة وبين المحاكم القنصلية فى المسائل الجنائية (مادة ٢٢ — ٢٥ ل ت م الكتاب الثانى) : يتكون هذا المجلس من قاضيين ينديهما رئيس محكمة الاستئناف المختلطة ومن قنصلين يختارهما قنصل المتهم . ويكون انعقاد هذا المجلس بناء على طلب قنصل المتهم ، إذا وجد أن الجريمة ليست مما يدخل فى اختصاص المحاكم المختلطة ، وبعد اطلاعه أو اطلاع مندوب به على أوراق التحقيق فى قلم كتاب المحكمة المختلطة . على أنه نظرا لأن اختصاص المحاكم المختلطة محدود جدا فى المسائل الجنائية بأحوال قلما تثير تنازعا بينها وبين المحاكم القنصلية فهذا المجلس قلما يجتمع . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان زوجية العدد الذى يتكون منه المجلس قد تجعل اجتماعه عقيما عند انقسام الآراء .

الفصل الثـالث

ترتيب المحاكم الأهلية والمختلطة

واختصاصاتها الخاصة

بند ٢٣٧ — بعد أن عرفنا شيئا عن وظيفة كل من الهيئات القضائية فى مصر أو اختصاصها العـام Compétence générale يهمنا أن نعرف شيئا عن المحـاكم التى تتفرع اليهـا كل هيئـة وكيفية تشكيلها وما يقع فى نصيبها من الاختصاص العام الثابت للهيئة التى تتبعها وهو ما يسمى بالاختصاص Compétence spéciale .

ولكننا سنقصر كلامنا هنا على ترتيب المحاكم المختلطة والأهلية واختصاصاتها فى المسائل المدنية دون غيرها ، لأن ترتيبها واختصاصاتها فى المسائل الجنائية يدخل فى قانون تحقيق الجنـايات ، وهو غير مقرر عليكم . أما ترتيب واختصاصات الهيئات القضائية الأخرى كالمحاكم الشرعية والقنصلية فقد صرفنا النظر عنه للأسباب التى ذكرناها آنفا (بند ٢٦) .

ونلاحظ قبل تفصيل الكلام على ترتيب المحاكم المختلطة والأهلية أن القائمين بأعمال القضاء فى المحاكم المذكورة هم القضاة وأعضاء النيابة يساعدهم أعوان بعضهم موظفون ، وهم الكتبة والمحضرون والمترجمون ، وبعضهم غير موظفين ، وهم المحامون والخبراء أمام المحاكم .

١ — ترتيب المحاكم المختلطة

بند ٢٣٨ — تكوينها : تتكون هيئة القضاء المختلط من محكمة استئناف مختلطة مقرها اسكندرية ، ويشمل اختصاصها جميع بلاد القطر المصرى ، وثلاث محاكم ابتدائية مختلطة إحداها بالقاهرة "محكمة مصر" ، ويشمل اختصاصها جميع مديريات الوجه القبـلى ومحافظة القـاهرة ومديريتى الجيزة والقليوبية

ومديرية المنوفية ، ما عدا بعض بلاد منها تابعة لمحكمة اسكندرية . والثانية باسكندرية ، ويشمل اختصاصها محافظتى اسكندرية ورشيد ومديريتى البحيرة والغربية ، عدا بعض بلاد من الغربية تابعة لمحكمة المنصورة . والثالثة بالمنصورة ، ويشمل اختصاصها مركزى شربين وطلخا ومديريتى الشرقية والدقهلية ومحافظات دمياط والقنال والسويس وسينا والعريش .

وتتفرع كل محكمة من المحاكم الابتدائية المتقدمة الى أربعة فروع أو محاكم وهى :

(١) محكمة مدنية للنظر فى المسائل المدنية .

(٢) محكمة تجارية للنظر فى المسائل التجارية .

(٣) محكمة جزئية للنظر فى المسائل القليلة الأهمية .

(٤) محكمة مستعجلة للنظر فى الأمور المستعجلة أو التى يخشى عليها من فوات الوقت .

بند **٢٣٩** — تأليف المحاكم المختلطة المتقدمة : تتألف محكمة الاستئناف المختلطة La Cour d'Appel Mixte من عدة دوائر Chambres كل دائرة منها تتشكل من خمسة قضاة ، ثلاثة منهم أجانب واثنان مصريان .

وتتألف المحكمة المدنية Tribunal Civil من ثلاثة قضاة ، اثنان منهم أجانب وواحد مصرى .

وتتألف المحكمة التجارية Tribunal de Commerce من نفس العدد كما تقدم ، ويضاف اليه اثنان من المحلفين أو العدول Asseseurs ينتخبان من التجار ، أحدهما مصرى والآخر أجنبى ، ويشتركان مع القضاة فى المداولة والحكم . فتكون المحكمة بذلك مكونة من ثلاثة أعضاء أجانب واثنين مصريين .

وتتألف المحكمة الجزئية Tribunal de justice Sommaire من قاض واحد أجنبى بحكم العادة . ويطلق عليها عادة اسم قاضى المصالحات Juge de Paix .

وتتألف محكمة الأمور المستعجلة أو قاضى الأمور المستعجلة Juge de Référé من قاض واحد أجنبى بحكم العادة أيضا .

بند ٢٤٠ — درجات المحاكم المتقدمة واختصاصاتها : تنقسم المحاكم المتقدمة إلى درجتين إحداهما فوق الأخرى وهما :

أولا — محاكم أول درجة .

ثانيا — محاكم ثانى درجة .

وقد روعى فى هذا التقسيم أن يكون لدى الخصوم فرصتان ينظر فيهما الموضوع أمام محكمتين مختلفتين ، إحداهما أعلى درجة من الأخرى وأكبر عدد قضاة أو أكثر خبرة منها ، حتى يطمئنوا إلى صحة الحكم فى الدعوى ويقتنعوا بعدالته . فاذا لم يقتنع من حكم ضده أو من لم يحكم له بكل طلباته فى أول درجة أمكنه أن يستأنف الحكم إذا أراد إلى محكمة ثانى درجة لعلها ترى رأيه . ولا يستثنى من نظام التقاضى على درجتين الا بعض قضايا قليلة الأهمية جعل لمحكمة أول درجة أن تقضى فيها نهائيا بحكم غير قابل للاستئناف إلى محكمة ثانى درجة .

ومحاكم أول درجة فى القضاء المختلط هى :

(١) المحكمة الجزئية . (٢) المحكمة المدنيـة . (٣) محكمة الأمور المستعجلة .

ومحاكم ثانى درجة هى :

(١) المحكمة المدنية . (٢) محكمة الاستئناف .

اختصاص محاكم أول درجة

بند ٢٤١ — للمحكمة الجزئية والمحكمة المدنية اختصاصان : أحدهما نهائى أى لا يجوز استئناف الحكم الصادر فيه ، والآخر ابتدائى أى يجوز استئنافه . أما المحكمة التجارية والمحكمة المستعجلة فاختصاصهما ابتدائى دائما .

بند ٢٤٢ — اختصاص المحكمة الجزئية — أولاً : اختصاصها النهائى .
يحكم القاضى الجزئى حكما نهائيا فى المنازعات الآتية وهى :

(أ) المنازعات المدنية المتعلقة بمنقول لا بعقار، والمنازعات التجارية — ما عدا الإفلاس — إذا كانت قيمة المدعى به لا تزيد على ألف قرش أى عشرة جنيهات مصرية .

(ب) جميع المنازعات المدنية أو التجارية التى يرفعها إليه الخصوم برضاهم واتفاقهم ، بشرط أن يكونوا متفقين صراحة على أن يكون حكمه فيها نهائيا . فدعاوى الملكية العقارية فى هذه الحالة يصح رفعها إليه ويكون حكمه فيها نهائيا، وكذلك الدعاوى التى تزيد قيمتها على عشرة أو مائة جنيه .

ثانيا — اختصاصها الابتدائى : يحكم القاضى الجزئى حكما ابتدائيا يجوز استئنافه فى المنازعات المدنية المتعلقة بمنقول وفى المنازعات التجارية — ما عدا الإفلاس — اذا كانت قيمة الطلب أكثر من عشرة جنيهات مصرية ولا تزيد على مائة جنيه مصرى . هذه هى القاعدة العامة . واستثناء من هذه القاعدة يجوز للقاضى الجزئى أن يحكم فى قضايا تزيد قيمة الطلب فيها على مائة جنيه فى الأحوال الآتية وهى :

أولا — القضايا الناتجة من إيجار المساكن والأراضى، اذا كان المطلوب هو أجرة العين المؤجرة أو الحكم بصحة حجز أوقعه مالكها على ما يوجد بها من المفروشات وغيرها أو إخلاء العين المؤجرة أو فسخ الإيجار — كل ذلك بشرط ألا تزيد الأجرة السنوية على مائة جنيه مصرى ، وبشرط أن تكون الإجارة نفسها غير متنازع عليها .

ثانيا — القضايا الناتجة من الإتلاف الحاصل فى أراضى الزراعة وفى الثمار والحاصلات ، سواء بفعل إنسان أو حيوان ، والدعاوى الخاصة بتطهير الترع ، وكذلك الدعاوى المتضمنة طلب أداء أجر أو ماهيات الخدم والصناع والمستخدمين .

ثالثا — القضايا الخاصة بالمنازعة فى وضع اليد على العقار التى يرفعها من وضع يده عليه أكثر من سنة ، أو باعادة وضع اليد عليه اذا كانت المنازعة بسبب عمل حدث فى نفس السنة ، وكذلك دعاوى تعيين حدود العقار والدعاوى المتعلقة بتحديد المسافات المقررة بمقتضى القانون أو اللوائح أو العرف فيما يختص بالأبنية والأعمال المضرة والمغروسات .

وإنما جعل للقاضى الجزئى الاختصاص فى الأحوال المتقدمة نظرا لقربه من محل المتقاضين وموضوع النزاع و إمكان انتقاله بسرعة لمعاينته .

ملاحظة مهمة : ويلاحظ أنه فى الحالتين الأولى والثانية اذا كانت قيمة الطلب لاتزيد على عشرة جنيهات فان حكم القاضى الجزئى فيها يكون نهائيا ، لأن هذا أصل اختصاصه النهائى . أما فى الحالة الثالثة فحكمه يكون قابلا للاستئناف دائما ، لأنه غير مختص فى الأصل بالمنازعات المتعلقة بالعقار .

ويلاحظ أيضا أن القاضى الجزئى مختص بتفسير ما يصدره من الأحكام فى جميع اختصاصاته . ولكنه غير مختص أصلا بنظر الإشكالات التى تقع فى تنفيذها ، سواء أتعلقت بالإجراءات أم بالموضوع لأنها من اختصاص قاضى الأمور المستعجلة أو المحكمة المدنية .

بند ٢٤٣ — اختصاص المحكمة المدنية : (١) اختصاصها الانتهائى : تحكم المحكمة المدنية انتهائيا فى بعض المسائل باعتبارها محكمة أول درجة كما يحكم القاضى الجزئى فى نصابه النهائى كما سترون .

فباعتبارها محكمة أول درجة تختص بالحكم نهائيا فى كل دعوى ترفع اليها ولا تزيد قيمة الطلب فيها على مائة جنيه مصرى ، اذا لم يكن قد سبق الحكم فيها من المحكمة الجزئية . ومن السهل تصور دعوى تكون قيمة الطلب فيها مائة جنيه فأقل ولم ترفع مقدما للقاضى الجزئى . مثلا دعوى رفعت الى المحكمة الابتدائية بطلب أكثر من مائة جنيه ، ثم عدل المدعى طلبه بجعله

مائة أو أقل ، وكذلك الإشكالات الموضوعية التى تقع فى تنفيـذ أحكام المحكمة المدنية نفسها أو أحكام القاضى الجزئى أو المحكمة التجارية .

ويستثنى من هذا الاختصاص دعاوى الملكية العقارية فان حكمها فيها يكون دائمـا ابتدائيا ولو قلت قيمتها عن مائة جنيه .

(٢) اختصاصها الابتدائى: تختص ابتدائيا أولا — بنظر جميع الدعاوى المدنية التى لم يجعلها المشرع من اختصاص محكمة أخرى ، كدعوى مدنية قيمة الطلب فيها أكثر من مائة جنيه ، وكدعوى ملكية عقار مهما كانت قيمته . ثانيا — بنظر جميع الدعاوى غير المقدرة القيمة ، كطلب إزالة مبان أو إغلاق نافذة .

بند ٢٤٤ — اختصاص المحكمة التجارية: تختص بنظر جميع المنازعات التجارية التى لا تدخل فى اختصاص القاضى الجزئى ، كالإفلاس مهما كانت قيمـة الدعوى ، وكالدعاوى التجارية الأخرى إذا زادت قيمـة الدعوى على مائة جنيه مصرى . واختصاصها فى هذه الأحوال ابتدائى دائمـا . أما إذا كان الطلب مائة جنيـه فأقل ولم يسبق عرضه على المحكمة الجزئية المختصة لسبب من الأسباب فتحكم فيه نهائيا كما تفعل المحكمة المدنية فى مثل هذه الحالة . مثال ذلك دعوى إفلاس قدم الدائن فيها سندا قيمته مائة جنيه أو أقل .

ويلاحظ أن المحكمة التجارية ليس لها اختصاص بنظر إشكالات تنفيذ أحكامها سواء أتعلقت بالموضوع أم بالإجراءات .

بند ٢٤٥ — اختصاص محكمة الأمور المستعجلة : يختص قاضى الأمور المستعجلة بالحكم ابتدائيا دائمـا فى المنازعات المتعلقة بالمسائل الآتية وهى :

أولا — إشكالات تنفيـذ الأحكام من أية محكمة صـدرت إذا كان الغرض منها هو إيقاف تنفيذها أو الاستمرار فيه دون أن يؤثر ذلك فى أصل الحق المحكوم به ، وهذه هى التى يسمونها الإشكالات الشكلية أو المتعلقة بالإجراءات ، ومن أمثالها طلب المدين إيقاف التنفيذ لأنه عرض الدين

على الدائن عرضا حقيقيا وادعاء الدائن عدم كفاية العرض، فقاضى الأمور المستعجلة يوقف التنفيذ أو يأمر باستمراره إلى أن تنظر المحكمة المختصة بكفاية العرض ومنع التنفيذ نهائيا أو عدم كفايته واستمراره نهائيا .

أما الإشكالات الموضوعية فهى التى تؤثر فى أصل الحق المحكوم به وجودا وعدما أو تعديلا. وهى من اختصاص المحكمة التى أصدرت الحكم . يستثنى من ذلك الإشكالات الموضوعية فى أحكام المحاكم الجزئية أو التجارية فانها من اختصاص المحكمة المدنية كما قدمنا .

ثانيا — يختص القاضى المستعجل بالمسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت ، كطلب تعيين خبير لإثبات حالة يخشى من ضياع معالمها ، وكطلب ترميم الطبقة السفلى من المنزل فيأمر القاضى بانتداب خبير للمعاينة أو باجراء الترميم دون أن يكون لحكمه أى تأثير فيما تقضى به المحكمة المختصة فى موضوع النزاع الأصلى .

محاكم ثانى درجة

بند ٢٤٦ — هذه هى المحكمة المدنية ومحكمة الاستئناف المختلطة . و باعتبارها محاكم ثانى درجة تختص دائما بالحكم استئنافيا فيما يعرض عليها من المنازعات، أى أنها تحكم بحكم نهائى غير قابل للاستئناف من جديد أمام أية محكمة أخرى.

بند ٢٤٧ — أولا — المحكمة المدنية: تختص هذه المحكمة بالحكم استئنافيا فى الدعاوى المستأنفة اليها من القاضى الجزئى. و جميع أحكام القاضى الجزئى الصادرة فى حدود اختصاصه الابتدائى تستأنف اليها ، ما عدا الدعاوى الخاصة بوضع اليد على العقار فانها تستأنف أمام محكمة الاستئناف مباشرة .

بند ٢٤٨ — ثانيا — محكمة الاستئناف المختلطة : تختص بالحكم استئنافيا فى جميع الدعاوى التى تستأنف اليها سواء من المحاكم الجزئية أو المدنية أو التجارية أو المستعجلة و يستأنف اليها من أحكام المحاكم المذكورة ما يأتى:

أولا : أحكام المحاكم الجزئية فى دعاوى وضع اليد على العقار. ثانيا : أحكام المحاكم المدنيــة فى دعاوى ملكية العقــار ، وذلك مهما كانت قيمــة العقار فى الحالتين السابقتين. ثالثا : أحكام المحاكم المدنية فى غير العقار، اذا كانت قيمة الدعوى تزيد على مائة جنيه مصرى ، أو اذا كانت غير مقدرة القيمة . رابعا : أحكام المحاكم التجارية فى الدعاوى التى تزيد على مائة جنيه مصرى . خامسا : أحكام قاضى الأمور المستعجلة فيما يدخل فى اختصاصه . سادسا : كل حكم يصدر على خلاف حكم سابق مهما كانت قيمة الطلب .

ويلاحظ أن محكمة الاستئناف مختصة بتفسير أحكامها وبالفصل فى الإشكالات الموضوعية فى تنفيذها كالمحاكم المدنية .

٢ — ترتيب المحاكم الأهلية

بند ٢٤٩ — تكوينها : تتكون هيئة القضاء الأهلى من محكمة للنقض، ومحكمتى استئناف ، وعشر محاكم ابتدائية ، ومحاكم جزئيــة كثيرة . وجميع قضاة هذه المحاكم وموظفوها من الوطنيين .

بند ٢٥٠ — تشكيل المحاكم الأهلية أو تأليفها : وتتكون محكمة النقض من دائرتين ، إحداهما لنظر النقض فى المسائل المدنية ، والأخرى للنقض فى المسائل الجنائية . وتتكون كل منهما من خمسة مستشارين ، ويشمل اختصاصها جميع أنحاء القطر المصرى ، ومقرها القاهرة .

وتتكون محكمتا الاستئناف من دوائر متعددة كل منهــا يتألف من ثلاثة مستشارين . وإحداها مقرها القــاهرة ، وتعرف بمحكمة استئناف مصر ، ويشمل اختصاصها جميع مديريات القطر المصرى ما عدا مديريات أسيوط وجرجا وقنـا) وأسوان . والأخرى مقرها أسيوط وتعرف بمحكمة استئناف أسيوط واختصاصها يشمل المديريات المذكورة .

وتتكون المحاكم الابتدائية من دوائر مختلفة أيضا كل منها يتكون من ثلاثة قضاة . وهذه المحاكم هى : (١) محكمة مصر : ويشمل اختصاصها محافظة مصر

ومديريتى القليوبية والجيزة ، (٢) محكمة اسكندرية : ويشمل اختصاصها محافظة اسكندرية ومديرية البحيرة ، (٣) محكمة طنطا : ويشمل اختصاصها مديرية الغربية ماعدا مركزى شربين وطلخا ، (٤) محكمة المنصورة : ويشمل اختصاصها مديرية الدقهلية ومحافظة دمياط ومركزى شربين وطلخا لقربهما منها ، (٥) محكمة الزقازيق : ويشمل اختصاصها مديرية الشرقية ومحافظتى القنال والسويس ، (٦) محكمة شبين الكوم : ويشمل اختصاصها مديرية المنوفية ، (٧) محكمة بنى سويف : ويشمل اختصاصها مديريتى بنى سويف والفيوم ، (٨) مديرية المنيا : ويشمل اختصاصها مديرية المنيا ، (٩) محكمة أسيوط : ويشمل اختصاصها مديريتى أسيوط وجرجا ، (١٠) محكمة قنا : ويشمل اختصاصها مديريتى قنا وأسوان .

وتتكون المحاكم الجزئية من قاض واحد . ويوجد منها فى القطر المصرى محاكم بقدر عدد مراكزه تقريبا وبقدر معظم أقسام محافظتى مصر واسكندرية فى كل مركز وفى كل قسم أو قسمين منها محكمة . وينتقل قاضى أسوان لمركز الدر فى أوقات معينة .

بند ٢٥١ — الدعاوى على الحكومة ودوائر اختصاص المحاكم : وقد خصصت بعض المحاكم المتقدمة بالحكم فى القضايا التى ترفع على الحكومة ، وهى محاكم مصر ، واسكندرية ، والزقازيق ، وأسيوط ، وقنا . ويشمل اختصاص محكمة مصر بالنسبة لقضايا الحكومة دوائر محاكم مصر ، وطنطا ، وشبين الكوم ، وبنى سويف ، والمنيا . ويشمل اختصاص محكمة الزقازيق دائرتى محكمتى الزقازيق والمنصورة . وفيما عدا ذلك يبقى اختصاص كل محكمة كما هو .

واذا كانت القضية المرفوعة على الحكومة من اختصاص القاضى الجزئى فترفع عليها أمام المحكمة الجزئية التى يوجد فى دائرتها مقر المحكمة الابتدائية التابعة لها . فترفع القضايا الجزئية على الحكومة فى مصر أمام محكمة الموسكى ، وفى اسكندرية أمام محكمة العطارين[1] ، وفى الزقازيق وأسيوط وقنا أمام المحاكم الجزئية فى هذه البنادر .

(١) انتقلت محكمة الاسكندرية الآن الى بنائها الجديد بقسم المنشية .

بند ٢٥٢ — درجات التقاضى أمام المحاكم الأهلية : تنقسم المحاكم المتقدمة الى درجتين كما فى المحاكم المختلطة . ويخرج من هذا التقسيم محكمة النقض لأنها محكمة غير عادية، ولا تنظر فى موضوع الدعوى ، بل فى الخطأ فى تطبيق القانون ، بقصد توحيد تفسيره .

ومحاكم أول درجة هى : المحاكم الجزئية ، والمحاكم الابتدائية .
ومحاكم ثانى درجة هى : المحاكم الابتدائية ، ومحكمتا الاستئناف .

محاكم أول درجة :

بند ٢٥٣ — اختصاصات المحكمة الجزئية : للقاضى الجزئى الأهلى كالقاضى الجزئى المختلط اختصاصان ، فيحكم تارة نهائيا فى بعض المسائل القليلة الأهمية وطورا يحكم حكما ابتدائيا قابلا للاستئناف .

فأولا — اختصاصه النهائى : القاعدة أن القاضى الجزئى يحكم حكما نهائيا فى الدعاوى المدنية والتجارية بما فيها الإفلاس اذا لم تزد قيمتها على عشرين جنيها مصريا . وسواء أكانت الدعوى متعلقة بمنقول أو بعقار فالحكم واحد.

واستثناء من هذه القاعدة يختص القاضى الجزئى بالحكم نهائيا فى الدعوى ، ولو زادت قيمتها على عشرين جنيها إلى ما لا نهاية فى الحالتين الآتيتين وهما :

(١) كل دعوى يخول له القانون الحكم فيها نهائيا بنص خاص ، كالمنازعة فى اقتدار كفيل يقدمه مدين محكوم ضده مع النفاذ بشرط الكفالة .

(٢) فى الدعاوى التى يرفعها اليه الخصوم برضاهم واتفاقهم صراحة لكى يحكم فيها نهائيا .

أما اذا لم يتفقوا صراحة على أنه يحكم فيها نهائيا ، فبعضهم يرى أنه لا يكون مختصا ، والبعض يرى أنه يكون مختصا ولكن لا يكون حكمه نهائيا ، بل ابتدائيا قابلا للاستئناف .

ثانيا — اختصاصه الابتدائى : القاعدة أنه يحكم ابتدائيا فى الدعاوى المدنية والتجارية التى تزيد قيمتها على عشرين جنيها ولا تزيد على مائة وخمسين.

واستثناء من هذه القاعدة يختص ابتدائيا مهما بلغت قيمة الطلب ، أى ولو زادت على مائة وخمسين جنيها، بشرط ألا يكون المطلوب عشرين جنيها فأقل ، وإلا كان حكمه نهائيا . وذلك فى الأحوال الآتية وهى :

(١) دعاوى الإيجار مهما كانت قيمة الطلب بشرط ألا تزيد الأجرة السنوية على ١٥٠ ج .

(٢) قضايا إتلاف الأراضى والمحاصيل الزراعية والانتفاع بالمياه وقضايا وضع اليد وتعيين الحدود والمسافات على التفصيل وبالشروط التى ذكرناها عند الكلام على اختصاص القاضى الجزئى المختلط (بند ٥٨ آنفا) .

(٣) دعاوى التعويض عن ارتكاب جنحة أو مخالفة من الجنح والمخالفات التى تدخل فى اختصاص القاضى الجزئى طبقا لقانون تحقيق الجنايات ، أما اذا كان التعويض ناشئا عن ارتكاب جناية فيكون مختصا طبقا للقاعدة الأصلية ، أى اذا كان الطلب لا يزيد على مائة وخمسين جنيها .

(٤) القضايا المستعجلة المتعلقة بالاشكالات فى تنفيذ الأحكام، بدون التعرض لتفسيرها ، والمسائل التى يخشى عليها من فوات الوقت .

(٥) دعاوى قسمة الأموال المشتركة، سواء أكانت من المنقولات أم من العقارات، مهما كانت قيمتها وبشرط ألا تكون ملكيتها متنازعا عليها . أما اذا كانت متنازعا عليها فلا يختص بها إلا طبقا للقواعد العامة ، بمعنى أنه يحكم فيها نهائيا اذا كانت قيمتها لا تزيد على عشرين جنيها ، وابتدائيا اذا كانت لا تزيد على مائة وخمسين . فان زادت على مائة وخمسين توقف دعوى القسمة حتى تفصل المحكمة المختصة فى النزاع على ملكيتها .

بند ٢٥٤ — مقارنة بين اختصاصى القاضى الجزئى الأهلى والجزئى المختلط : يلاحظ الفرق من حيث الاختصاص بين القاضى الجزئى الأهلى والقاضى الجزئى المختلط فيما يتعلق بالنصاب النهائى والابتدائى لكل منهما ،

وفى مسائل الإفلاس، والملكية العقارية ، والدعاوى المستعجلة ، ودعاوى القسمة ، ودعاوى التعويض عن الجرائم ، وفى الخلاف على وجوب اتفاق الخصوم على أن يكون حكمه نهائيا اذا رفعوا اليه دعوى ليست من اختصاصه.

بند ٢٥٥ — اختصاص المحكمة الابتدائية : تختص المحكمة الابتدائية باعتبارها محكمة أول درجة بالحكم ابتدائيا فى الدعاوى الآتية :

(١) كل دعوى يكون الطلب فيها أكثر من مائة وخمسين جنيها الى ما لا نهاية ، و (٢) كل دعوى غير مقدرة القيمة ، و (٣) يمكن القول بصفة عامة إن المحاكم الابتدائية الأهلية، باعتبارها محكمة أول درجة، تختص بنظر كل دعوى لم يجعلها القانون بالذات من اختصاص محكمة أخرى .

بند ٢٥٦ — ويلاحظ أن القانون أعطاها بعض اختصاصات من نوع آخر بنص فى بعض القوانين . فمثلا تختص بتعيين قيم على المحكوم عليه بعقوبة جناية (م ٢٥ عقوبات) لإدارة أمواله مدة العقوبة أو باقرار القيم الذى يعينه هو .

كما يلاحظ أن لها أن تقضى فى بعض الأحوال فى الدعاوى التى تدخل فى الأصل فى اختصاص القاضى الجزئى النهائى أو الابتدائى أو التى تصبح من اختصاصه بعد تعديل الطلبات فيها ، كما لو رفع الخصوم اليها برضاهم الصريح أو الضمنى دعوى قيمتها مائة وخمسين جنيها فأقل ، أو كما لو عدل المدعى طلباته فأصبحت بهذه القيمة. ويرى البعض أن حكمها فى هذه الحالة يكون نهائيا، ويرى البعض الاخر أنه يكون ابتدائيا فيما زاد على عشرين جنيها. ويؤيد بعض الكتاب الرأى القائل بأن حكمها يكون نهائيا .

محاكم ثانى درجة :

بند ٢٥٧ — أولا — المحاكم الابتدائية : تحكم هذه المحاكم استئنافيا بصفتها محكمة ثانى درجة فى جميع الدعاوى المستأنفة إليها من المحاكم الجزئية، أى التى حكمت فيها تلك المحاكم فى حدود اختصاصها الابتدائى .

بند ٢٥٨ — ثانيا — محكمتا الاستئناف بمصر وأسيوط : تحكم كل منهما استئنافيا دائما فى جميع الدعاوى المستأنفة اليها من المحاكم الابتدائية ، أى التى حكمت فيها تلك المحاكم فى حدود اختصاصها الابتدائى .

محكمة النقض :

بند ٢٥٩ — محكمة النقض لاتعتبر درجة ثالثة من درجات التقاضى، لأن الغرض منها هو توحيد تفسير القانون، وليس لها أن تبحث موضوع الدعوى من جديد، واختصاصها مقصور، طبقا للمواد (٩ — ١١ من قانون النقض)، على الفصل فى الطعون المقدمة اليها فى أحكام محكمة الاستئناف لخطأ فى تطبيق القانون أو لبطلان الإجراءات أو لبطلان الحكم، وفى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية الصادرة فى مسائل وضع اليد أو الصادرة على خلاف قواعد الاختصاص العام أو الاختصاص بحسب نوع القضية . وتختص كذلك بالفصل فى الطعن فى الأحكام النهائية مهما كانت المحكمة التى أصدرتها ، بسبب صدورها على خلاف حكم سابق صدر بين نفس الخصوم وفى نفس الموضوع .

الفصل الرابع

نقد النظام الحالى وطرق إصلاحه

بند ٢٦٠ — هذا موضوع يحتاج الى كتب لا إلى أسطر أو صفحات . فلن يتسع له وقتنا إلا بقـدر ما نضع يد الطـالب على موطن العلة الرئيسية ونتائجها والإشارة إجمالا الى الطريقة الحاسمة لمداواتها .

العلة الرئيسية فى نظامنا القضائى الحالى هى فى تعدد الهيئات التى يتكون منها ، وفى كون بعضها غير خاضع لسلطان الدولة الشرعى .

ونتائج هـذه العلة بعضها يرجع الى تعدد الهيئات القضائية ، والبعض يرجع الى عدم خضوع بعض هذه الهيئات لسلطان الدولة الشرعى .

بند ٢٦١ — فالى تعدد الهيئات القضائية ترجع النتائج الوخيمة الآتية :

أولا — ان الشخص قـد يضطر إلى مقاضاة خصمه أكثر من مرة للحصـول على نفس الحق . وفى ذلك ضياع للوقت والنفقات على غير جدوى أو بشكل يجعل الحصول على العدالة أغلى ثمنا مما يجب أن يدفع فيها ، إن كان لا بد للحصول عليها من ثمن . وهذا متصور فى الأحوال التى يحصل فيها تنازع على الاختصاص بين هيئتين قضائيتين ولم يوجد المشرع مجلسا لحله . وقد رأينا مثلا له فى التنازع بين المحاكم الأهلية والمختلطة بالحكم على أجنبى غير متمتع بالامتيازات ، ورأينا كيف أن من يحكم له فى مثل هـذه الحالة من المحاكم الأهلية لا يلبث أن يرى حكمه تلغيه المحاكم المختلطة وتحرمه بذلك من ثمرة التقاضى أمام المحاكم الأهلية .

ثانيا — زعزعة ثقة المتقاضين فى أحكام بعض المحاكم إزاء الأخرى ، وضعف الاحترام الواجب لها فى نفوسهم ، كما فى المثال السابق .

ثالثا — فوضى لانهاية لهـا فى الأحوال الشخصية ، خصوصا بين أهل الطوائف ، مما يجعل الحكم النهائى فى تنفيذ أحكام جهات الأحوال الشخصية هو السلطة التنفيذية لا القضائية . وكثيرا ما رأينا الفتاوى متأثرة بالجنسيات أو الامتيازات أو الديانات التى ينتمى إليها أربابها .

بند ٢٦٢ — وإلى عدم خضوع بعض الهيئات القضائية لسلطان الدولة الشرعى ترجع نتائج لا تطاق فى بلد متمدين يحترم نفسه وأمة تتمسك بحقوقها الطبيعية . وهذه النتائج هى :

(أولا) شل يد الحكومة عن الإصلاح اللازم كلما ظهرت الحاجة اليه . ذلك أن بعض هذه الهيئات لاسلطان مطلقا للحكومة عليه ، كالمحاكم القنصلية . والبعض الآخر لا يمكنها أن تعدل فى نظامه حرفا واحدا قبل مفاوضة الدول وإجماعها على قبول التغيير . وهيهات أن تجمع الدول على الموافقة أو على الأقل من النادر ألا تطلب إحداها ثمنا يجعل الحكومة تفضل إبقاء القديم على قدمه . وقد لا توافق الدول على التعديل فى الوقت المناسب ممـا يجعل الاستمرار فى طلبه عبثا . وأقرب مثل لذلك رغبة مصر فى رفع العقوبة بالنسبة لتجار المخدرات الأجانب مع جعلها من اختصاص المحاكم المختلطة ، فقد قضى رجل يحب الإنسانية على تجارة المخدرات قبل أن تتعـــدى المفاوضات مع الدول حد إبداء الرغبة من جانب مصر منذ سبع سنوات .

(ثانيا) ان وجود هيئات قضائية أجنبية أو مختلطـة مستندة إلى نفوذ الدول الأجنبية يجعل القضاء ميدانا للتزاحم السياسى أو آلة يستعان بهـا فى أغراضه ، زيادة على كونه ينقص من هيبة الحكومة المحلية ، ويقيد استقلالها بما يجعلها فى مركز أسوأ من مركز دولة تحت الحمـاية الدولية بل حتى الاستعمارية ، لأنه يؤدى الى تدخل أجنبى فى أخص شؤونها الداخلية .

بند ٢٦٣ — طرق الإصلاح — اما طرق إصلاح الحالة التى وصفناها آنفا فتتلخص فى نظرى فى خطوتين جريئتين متواليتين ينتهيان بغرض واحد هو : أن يستبدل بهذا النظام البالى نظام واحد ، أى هيئة قضائية واحدة يمثل

فيها سلطان الدولة القضائي ويخضع لها المصريون والأجانب جميعا لا فى الأموال والجرائم فقط ، بل فى الأحوال الشخصية أيضا . ولا يجوز أن يكتفى فى الإصلاح بما دون ذلك ، لأن من العبث ترقيع الثوب البالى .

وهاتان الخطوتان هما : أولا يجب البدء حالا وسريعا بتوحيد القضاء المصرى البحت من أهلى وشرعى وملى وحسبى ، حتى تكون حجتنا قوية عند مجابهة الأجانب بالغاء القضاءين المختلط والقنصلى معا من جانبنا وبدون انتظار لرأيهم أو رضاهم ؛ لأن هذا من حقنا بعد أن تغيرت الظروف التى ولدت هذين القضاءين .

ولن يكون لأهل الطوائف وجه فى المعارضة فى إلغاء مجالسهم ، اذ المحاكم الشرعية نفسها مصيبها ما أصابهم . على أن ذلك لا يمنع من أن تتكون دائرة واحدة للأحوال الشخصية فى قلب المحاكم الموحدة الجديدة ، يتولاها قضاة شرعيون ، ويضم اليهم عضو من ملة المتقاضين اذا كانوا متحدى الملة فى غير دعاوى الميراث . أما فيها ، وعند اختلاف الملة ، فتكون الدائرة مقصورة على القضاة الشرعيين ، وتطبق أحكام الشريعة الإسلامية كما هو حاصل الآن .

ولن يكون للقضاة الشرعيين هم أيضا وجه فى الاحتجاج ، لأن الدائرة الشرعية ستكون على قدم المساواة مع الدائرة المدنية ، وسيعامل القضاة جميعا بنظام واحد ، سواء من حيث التعيين أو المرتب أو العزل أو النقل ، ولأن اختصاصهم وتطبيق الأحكام الشرعية باقيان كما هما .

بند ٢٦٤ — وقد يعترض معترض بأن هذا إن كان ممكنا من جانب الحكومة المصرية وحدها فيما يتعلق بالقضاء المصرى البحت فلن يكون ممكنا بالنسبة للقضاء الأجنبي أو المختلط ، ان لم يكن بسبب معارضة الدول ، فعلى الأقل بسبب تدخل بريطانيا لحماية مركزها الناتج من تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ أو من صفتها كدولة محتلة .

والرد على ذلك أن توحيد القضاء المصرى البحت وحده مكسب كبير فى الوقت الحاضر ، وأنه إن حصل كان عونا عظيما لنا فى الخطوة الثانية . أما تدخل انكلترا فهو حقيقة يمنع عملا حتى من التفكير فى إصدار مرسوم أو قانون

بالغاء المحاكم المختلطة أو القنصلية إذا لم ترد هى أو تغض الطرف عن ذلك . على أننا نلاحظ أن مركزها سواء بناء على احتلالها لمصر أو بناء على تصريح فبراير لا يستند الى غير الأمر الواقع ، وأن صدور إعلان بالغاء القضاء الأجنبى برمته ، حتى ولو لم ينفذ لمجرد صدوره ، يعتبر أيضا من قبيل وضع الدول وانكلترا معا أمام الأمر الواقع ، ولن يعدم أثرا عمليا ، خصوصا وأن بريطانيا طالما اعترفت بمضار الامتيازات وسعت هى نفسها الى إلغائها ، فوقوفها عكس هذا الموقف بعد ذلك يعتبر تناقضا . على أن فائدة هذا الإعلان من الوجهة النظرية حتى ولو بقى حبرا على ورق لا تنكر ، لأنه بمثابة إخطار للدول برغبة مصر وتصميمها على اعتبار أن ظروف النظام الحالى وما يستند اليه من معاهدات أو عادات أو تعسف فى تطبيقها قد تغيرت وانتهت .

بند ٢٦٥ — أما القول بالغاء المحاكم المختلطة وحدها مع بقاء المحاكم القنصلية فهو استبدال قضاء أجنبى بحت بقضاء لنا فيه شىء من الأمر ، ويكون مثلنا فى ذلك كمثل من باعت سمسما مقشورا بغير مقشور .

ولا يفوتنى أن ألاحظ قبل اختتام هذا الموضوع أن تقرير مبادئ عدم قابلية القضاة للعزل أو النقل ، سواء أكانوا مستشارين بالاستئناف أم بالنقض أم قضاة بالمحاكم الصغرى ، وعدم جواز منحهم رتبة أو نيشانا مع جعل مرتباتهم عالية وثابتة ، والاحتياط فى الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى أعظم أمانة حملها الإنسان فى الأرض ، يجب أن يكون فى مقدمة كل إصلاح .

تم طبع هذا الكتاب بالمطبعة الأميرية ببولاق .
فى يوم ١٢ من شوال سنة ١٣٥٣
(١٧ من يناير سنة ١٩٣٥) م ا

مدير المطبعة الأميرية
محمد أمين بهجت

المطبعة الأميرية ١٦٤١-١٩٣٤-٨٦٤١-١١٣٠



